

Der Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers
nach § 102 Abs.5 BetrVG

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

Zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechte

durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät

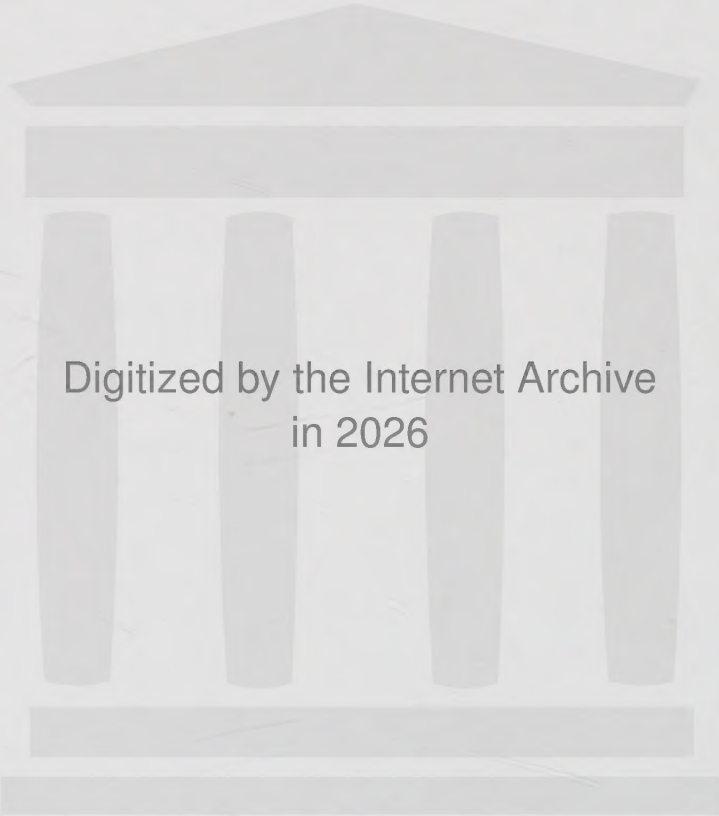
der Ruhr-Universität Bochum

Vorgelegt von

P E T E R H E L K E N B E R G

aus Wuppertal

1976



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers
nach § 102 Abs.5 BetrVG

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

Zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechte

durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät

der Ruhr-Universität Bochum

Vorgelegt von

P E T E R H E L K E N B E R G

aus Wuppertal



Dekan:

Prof. Dr. ~~_____~~ Kruse

Erstberichterstatter:

Prof. Dr. Gitter

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. Fabricius

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Februar 1976

Diese Arbeit widme ich
meiner Frau Christiane
und meinen Eltern
in tiefer Dankbarkeit



L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- | | |
|---|--|
| Adomeit | Einstellungen und Entlassungen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz
DB 1971, 2360 |
| Anders | Das neue Betriebsverfassungsgesetz aus der Sicht der DAG
BABl. 1972, 299 |
| Arendt | Die Reform der Betriebsverfassung
BABl. 1972, 273 |
| Auffarth | Das neue Betriebsverfassungsgesetz
AuR 1972, 33 |
| ders. | Mitbestimmung und Kündigung
ArbRdGnw Bd. 10 (1972)
S. 71 ff. |
| Baum | Anhörung des Betriebsrates bei Kündigungen
BB 1972, 174 |
| Baumbach/Lauterbach/
Albers/Hartmann | Zivilprozeßordnung
31. Aufl. München 1973 |
| Becker-Schaffner | Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG - Die Entbindung des Arbeitgebers von der Weiterbeschäftigungspflicht
BlStSozArbR 1974, 289 |

Birk	Das Direktionsrecht AR-Blattei (D) Direktions- recht I 1974 I Übersicht
Blank	Widerspruch des Betriebs- rats bei der Verhaltens- kündigung ? BB 1972, 536
Bleistein	Kündigung und Kündigungs- schutz Berlin 1970
ders.	Mitbestimmung des Betriebs- rates bei personellen Ein- zelmaßnahmen und Kündigungen InfStuWi 1973 Gruppe 14 S.271
Bobrowski/Gaul	Das Arbeitsrecht im Betrieb 5.Aufl. Heidelberg 1965
Böhm	Die Weiterbeschäftigungs- pflicht nach § 102 Abs.5 BetrVG BB 1974, 1641
Borrmann	Die Entbindung von der Wei- terbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs.5 BetrVG DB 1975, 882
Brasch	Der Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung BB 1976, 319
Brecht	Kommentar zum Betriebsverfas- sungsgesetz Herne/Berlin 1972
Brede	Die Beendigung des Arbeits- verhältnisses im Lichte des neuen Betriebsverfassungs- gesetzes BlStSozArbR 1973, 17
Brill	Die Anhörung des Betriebs- rats vor der Kündigung AuR 1975, 15
Brock/Hindrichs/ Hoffmann/Negt/Pöhler/ Sund/Welteke	Die Interessenvertretung der Arbeitnehmer im Betrieb Themenkreis Betrieb 3 ohne Ortsangabe 1969 (zit.: Brock/Hindrichs u.a. Themenkreis Betrieb 3)

Buchner	Reform des Betriebsverfassungsrechts AG 1971,135 ff.;149 ff.
Bührig	Handbuch der Betriebsverfassung Köln 1953
DGB-Kommentar	Das neue Betriebsverfassungsgesetz Die Quelle 1972,49
Dietz	Betriebsverfassungsgesetz 4.Aufl. München und Berlin 1967
Dietz/Richardi	Betriebsverfassungsgesetz 5.Aufl. München 1973
Dütz	Einstweiliger Rechts- und Interessenschutz in der Betriebsverfassung ZfA 1972
Erdmann	Das neue Betriebsverfassungsgesetz 2.Aufl. Neuwied am Rhein 1954
ders.	Rechtliche und rechtspolitische Probleme des Betriebsverfassungsgesetzesentwurfes BlStSozArbR 1971,241
Erdmann/Jürging/ Kammann	Betriebsverfassungsgesetz Neuwied und Berlin 1972
Esser	Schuldrecht Band 1 Allgemeiner Teil 4.Aufl. Karlsruhe 1970 (zit.:Esser)
Etzel	Die außerordentliche Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz DB 1973,1017
Evers	Arbeitskampffreiheit,Neutralität,Waffengleichheit und Aussperrung Hamburg 1969 (zit.:Evers)
Fabricius	Kollision von Beschäftigungspflichtigen aus Doppelarbeitsverhältnissen ZfA 1972,35

Fabricius/Kraft/ Thiele/Wiese	Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar Band 1 und 2 Neuwied und Berlin 1973 (zit.: Bearbeiter GK-BetrVG)
Farthmann	Anfechtung des Arbeitsver- trages - BAGE 5,159 JuS 1964,141
ders.	Grundzüge der neuen Betriebs- verfassung GewMonh 1972,4
Fitting	Grundzüge des neuen Betriebs- verfassungsgesetzes BABl.1972,276
Fitting/Auffarth	Betriebsverfassungsgesetz 10.Aufl.München 1972
Fitting/Auffarth/ Kaiser	Betriebsverfassungsgesetz 11.Aufl.München 1974 (zit.: Fitting/Auffarth/ Kaiser I)
dies.	Das neue Betriebsverfassungs- gesetz München 1972 (zit.: Fitting/Auffarth/ Kaiser II)
Fitting/Kraegeloh/ Auffarth	Betriebsverfassungsgesetz 9.Aufl.Berlin und Frankfurt 1970
Floretta/Strasser	Kommentar zum Betriebsräte- gesetz 2.Aufl.Wien 1973
Frauenkron	Betriebsverfassungsgesetz Stuttgart Berlin Köln Mainz 1972
Freese	Muß eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung in der Frist nach § 4 KSchG angefochten werden? BB 1973,665
Frey	Nichtanhörung des Betriebs- rats und Kündigung AuR 1959,332
Fuchs	Zur vorläufigen Weiterbeschäf- tigung des Arbeitnehmers nach § 102 Abs.5 BetrVG AuR 1973,174

Galperin	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz 2.Aufl.Heidelberg 1953
ders.	Betriebsverfassungsrecht im Umbruch DB 1971,1305
ders.	Der Regierungsentwurf eines neuen Betriebsverfassungsgesetzes Düsseldorf 1971 (zit.:Galperin RegEntw)
ders.	Das Betriebsverfassungsgesetz 1972 Heidelberg 1972 (zit.:Galperin Leitfaden)
Galperin/Siebert	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz 4.Aufl.Heidelberg 1963
Gester	Die Haftung des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitnehmer AuR 1959,326
Gester/Zachert	Betriebsverfassungsrechtliche Elemente des allgemeinen Kündigungsschutzes ArbRdGgnw 1974,87
Gift	Mitbestimmung und soziale Auswahl zu Entlassender ZfA 1974,123
Gnade/Kehrmann/ Schneider	Betriebsverfassungsgesetz Köln 1972
Göbel	Das neue Betriebsverfassungsrecht BlStSozArbR 1972,1 ff.;23 ff. 45 ff.
Göttling/Hoentges/Zepp	Fragen zur Kündigung nach dem BetrVG 1972 RdA 1972,282
Gramm	Rechtsnatur und Haftung des Betriebsrats AR-Blattei 1975 (D) Betriebsverfassung VII
Güntner	Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses und seine Rechtsverwirklichung AuR 1974,97 ff.;135 ff.;171 ff.

- | | |
|--------------------|--|
| Gumpert | Teilkündigung, Änderungs-
kündigung und Widerruf
BB 1969, 409 |
| ders. | Kündigung und Mitbe-
stimmung
BB 1972, 47 |
| Haberkorn | Mitwirkungsrecht der
Betriebsräte und Einzel-
entlassungen nach dem
Betriebsverfassungsgesetz
NJW 1952, 1233 |
| Halberstadt/Zander | Handbuch des Betriebs-
verfassungsrechts
2. Aufl. Köln 1972 |
| Hanau | Unklarheiten in dem
Regierungsentwurf des
Betriebsverfassungsgesetzes
BB 1971, 485 |
| ders. | Praktische Fragen zur
Neuregelung der Mitbe-
stimmung in personellen
Angelegenheiten
BB 1972, 451 |
| Hanau/Adomeit | Lehrbuch des Arbeits-
rechts
2. Aufl. Frankfurt 1973 |
| Hautmann/Schmitt | Betriebsverfassungsgesetz
Lochham/München 1972 |
| Heeser | Die Mitbestimmung des
Betriebsrats. Vergleich
zwischen der früheren
Rechtslage und der nach
dem Betriebsverfassungs-
gesetz 1972
Diss. Köln 1973 |
| Heimeier | Betriebsbedingte Kündigung
nach dem Kündigungsschutz-
gesetz
DB 1955, 1117 |

- Herschel Anm. zum BAG-Urteil vom 15.
9.1954 - 1 AZR 258/54
JZ 1954,759
- ders. Schutz gegen sozialwidrige
Kündigungen
NWB 1962 Fach 26 S.561
- Herschel/Steinmann Kommentar zum Kündigungs-
schutzgesetz
Heidelberg 1961
- Hessel Kündigungsschutz bei Änderungs-
kündigungen
AR-Blattei 1974 (D) Kündi-
gungsschutz I A Änderungskün-
digung
- Hinz Die einstweilige Verfügung
Nach § 102 Abs.5 BetrVG -
eine Entscheidung im Urteils-
oder im Beschlußverfahren ?
BB 1974,1253
- Hoechst Das Widerspruchsrecht des
Betriebsrats bei der Kündi-
gung
AuR 1973,328
- Hromadka Betriebsverfassungsgesetz '72
NJW 1972,183
- ders. Betriebsverfassungsgesetz 1972
Institut Mensch und Arbeit
3.Aufl.München 1973
- Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht
Zweiter Band
2.Aufl.Tübingen 1954
(zit.:Huber II)
- Hueck, Alfred Kündigungsschutzgesetz
7.Aufl.München 1970
(zit.:Hueck KSchG 7.Aufl.)
- ders. Kündigungsschutzgesetz
8.Aufl.München 1972
(zit.:Hueck KSchG)
- Hueck/Hueck Kündigungsschutzgesetz
9.Aufl.München 1974
(zit.:Hueck/Hueck KSchG)
- Hueck/Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts
Band 1
7.Aufl.Berlin und Frankfurt 1970
(zit.:Hueck/Nipperdey I)

- Hueck/Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts
Band 2 2.Halbband
7.Aufl.,Berlin und Frankfurt
1970
(zit.:Hueck/Nipperdey II)
- Hueck,Götz Die Teilkündigung im Arbeits-
recht
RdA 1968,201
- Joachim Kann die Änderung des Arbeits-
vertrages auch durch eine
Teilkündigung erfolgen ?
RdA 1957,326
- Kallmeyer Änderungskündigung und Mitbe-
stimmung des Betriebsrats
DB 1973,970
- Kaus Das Nachschieben von Kündigungs-
gründen im Kündigungsschutz-
prozeß
DB 1974,2302
- Kehrmann/Schneider Die personelle Mitbestimmung
nach dem Betriebsverfassungs-
gesetz
Grundsätze - System - Schwer-
punkte
Mitbestgespr. 1973,23
- Keßler Arbeitsrechtswissenschaft
im Dienste des Kapitals
KJ 1972,90
- Kitzelmann Die ordentliche(fristgemäße)
Kündigung und die Anhörung
des Betriebsrats
BUV 1971,29
- ders. Die Mitwirkung des Betriebs-
rats bei Kündigungen nach
dem neuen Betriebsverfassungs-
gesetz
BUV 1972,209
- ders. Schränkt das neue Betriebs-
verfassungsgesetz den indi-
viduellen Kündigungsschutz
ein ?
AuR 1973,302
- Küchenhoff Betriebsverfassungsgesetz
2.Aufl.Münster/Westf. 1974
- Küster Einstweilige Verfügungen im
Beschlußverfahren
DB 1972,631

- Kunkel Mitbestimmungsrecht und Kündigungsschutz
DB 1953,355
- Larenz Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts
2.Aufl.München 1972
(zit.:Larenz LB AT)
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaften
2.Aufl.Berlin Heidelberg
New York 1969
(zit.:Larenz Methodenlehre)
- Lepke Zum Problem einer allgemeinen Beschäftigungspflicht
DB 1971,478
- ders. Zum Inhalt der sog.Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs.5 Satz 1 BetrVG
DB 1975,498
- Löwisch Die Verknüpfung von Kündigungsschutz und Betriebsverfassung nach dem BetrVG 1972
- Maus Kündigungsschutzgesetz
Baden-Baden 1973
- Meisel Die Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung
DB 1963,1765
- ders. Die Anhörung des Betriebsrats vor einer ordentlichen Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz
DB 1972,1627 ff.;1675 ff.
- ders. Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats bei Änderungskündigungen
BB 1973,944
- ders. Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten
4.Aufl.Heidelberg 1974
(zit.Meisel Mitbest.)
- Monjau Die Auswahl bei der betriebsbedingten Kündigung
RdA 1959,8

Müller, Gerhard	Zum Bereich der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 Kündigungsschutzgesetz DB 1956, 965
ders.	Das Arbeitskampfrecht im Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgericht vom 21. April 1971 RdA 1971, 321
Musa	Zur Rechtfertigung der Aussperrung RdA 1971, 346
Neumann-Duesberg	Betriebsverfassungsrecht Berlin 1960
ders.	Anm. zu LAG Frankfurt AP 54 Nr. 150 S. 515
Nikisch	Arbeitsrecht Band 1 3. Aufl. Tübingen 1961 (zit.: Nikisch I)
ders.	Arbeitsrecht Band 3 2. Aufl. Tübingen 1966 (zit.: Nikisch III)
Obermayer	Verfassungsrechtliche Beden- ken gegen den Regierungs- entwurf eines Betriebsver- fassungsgesetzes DB 1971, 1715
Ocker	Haftung für Handlungen des Betriebsrats Diss. München 1962
Otto	Einschränkung des indivi- duellen Kündigungsschutzes zugunsten der Mitwirkung des Betriebsrats ? DB 1973, 671
ders.	Der vorläufige Bestands- schutz des Arbeitsverhält- nisses RdA 1975, 68
Peter	Der Arbeitsplatz als geschütz- tes absolutes Rechtsgut Diss. Köln 1970
Philipp	Ordentliche Kündigung und Aus- wahlrichtlinien BB 1972, 219

Prasse	Zur Anhörung des Betriebsrats nach § 66 Abs.1 BetrVG AuR 1956,204
Raatz	Personalleitung und Betriebs- verfassung DB 1972 Beilage zu Heft 1 S.1 ff.
Rajewski	Arbeitskampfrecht in der Bun- desrepublik Frankfurt 1970 (zit.:Rajewski Arbeitskampfrecht)
Rehhahn	Die Aufstellung von Auswahl- richtlinien nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz Mitbestgespr. 1973,30
Reinhardt	Die Nichtanhörung des Betriebs- rats Festschrift für A.Nikisch Tübingen 1958 S.109 ff.
Reuter/Streckel	Grundfragen der betriebsver- fassungsrechtlichen Mitbe- stimmung Frankfurt 1973 (zit.:Reuter/Streckel Grund- fragen)
Rewolle	Änderungskündigung und Mit- bestimmung des Betriebsrats DB 1973,185
Richardi	Kritische Anmerkungen zur Re- form der Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen und personellen Angelegenheiten nach dem Regierungsentwurf DB 1971,621
ders.	Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsge- richts vom 21.April 1971 RdA 1971,334
ders.	Die Mitbestimmung des Be- triebsrats in personellen Angelegenheiten ZfA-Sonderheft 1972,1
ders.	Änderungskündigung und Ver- setzung nach dem neuen Be- triebsverfassungsrecht DB 1974,1285 ff.;1335 ff.

Rohde	Die gesellschaftspolitischen Erwartungen des Gesetzgebers an das neue Betriebsverfas- sungsgesetz Mitbestgespr. 1972, 155
Säcker	Betriebsratsamt und Arbeits- verhältnis RdA 1965, 372
Sahmer	Betriebsverfassungsgesetz Frankfurt am Main 1969
Schaub	Arbeitsrechts-Handbuch München 1972 (zit.: Schaub Hb)
ders.	Der Betriebsrat München 1973 (zit.: Schaub BR)
Schlochau	Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der ordent- lichen Kündigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG 1972 RdA 1973, 157
Schneider, Wolfgang	Das neue Betriebsverfassungs- gesetz aus der Sicht des DGB BABl. 1972, 292
ders.	Das neue Betriebsverfassungs- gesetz - Entstehung und Schwer- punkte Mitbestgespr. 1972, 3
Schwarz, Hans-Jürgen	Rechte des Betriebsrats bei Änderungskündigungen NWB 1973 Fach 26 S. 1189
Schwedes	Einstellung und Entlassung des Arbeitnehmers 2. Aufl. Frankfurt i. Br. 1972
ders.	Beteiligung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten StuWi-Kurzpost 1972, 1375
Schwerdtner	Anm. zum Urteil des BAG vom 28.9.1972 JZ 1973, 377
Siebert	Die Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats Festschrift für A. Nikisch Tübingen 1958 S. 127 ff.

- Smith, Adam Inquiry into the nature and
 causes of the wealth of nations
 London Edinburgh and New York
 1776
- Stahlhacke Kündigung und Kündigungsschutz
 im Arbeitsverhältnis
 2.Aufl.München 1972
 (zit.:Stahlhacke KSchG)
- ders. Das personelle Mitbestimmungs-
 recht des Betriebsrats nach
 dem Betriebsverfassungsgesetz
 1972
 BlStSozArbR 1972, 51
- ders. Die Rechtsprechung der Arbeits-
 gerichte im Jahre 1972
 NJW 1973, 782
- ders. Das Nachschieben von Kündi-
 gungsgründen
 BlStSozArbR 1974, 295
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen
 Gesetzbuch
 II.Band:Recht der Schuldver-
 hältnisse
 3.Teil §§ 611-704
 11.Aufl.Berlin 1958
 (zit.:Staudinger-Bearbeiter)
- Stege/Weinspach Betriebsverfassungsgesetz 1972
 Köln 1972
- Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozeß-
 ordnung
 Erster Band
 19.Aufl.Tübingen 1972
 (zit.:Stein/Jonas ZPO)
- Strathmann Das neue Betriebsverfassungs-
 gesetz(BetrVG)
 SozArb 1972, 49
- Streckel Funktion und Grenzen des Ar-
 beitskampfes im Rahmen der ge-
 genwärtigen gesellschaftlichen
 und wirtschaftlichen Ordnung
 RuGes 1973, 169
- Thomas/Putzo Zivilprozeßordnung
 6.Aufl.München 1972
 (zit.:Thomas/Putzo ZPO)
- Uerpmann Die Anhörung des Betriebsrats
 als Voraussetzung für die
 Wirksamkeit der Kündigung
 DB 1953, 106

Wagener	Schränkt das neue Betriebsverfassungsgesetz den individuellen Kündigungsschutz ein ? BB 1972,1373
Weber,Hansjörg	Die Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines gekündigten Arbeitnehmers gemäß § 102 Abs.5 BetrVG BB 1974,698
Weiss	Zur Haftung des Betriebsrats RdA 1974,269
Wenzel	Die einstweilige Verfügung im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nach neuem Recht DB 1972,1290
Wiedemann	Subjektives Recht und sozialer Bestand nach dem Kündigungsschutzgesetz RdA 1961,1
Wisskirchen	Das neue Betriebsverfassungsgesetz aus der Sicht der Arbeitgeber BABl.1972,288
Wölfel	Das neue Betriebsverfassungsgesetz ArbuSozR 1972,2
Wünnenberg	Die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der betriebsbedingten Kündigung DB 1956,645 ff.;665 ff.

Materialien

Bundesvereinigung
der Deutschen Ar-
beitgeberverbände

Freiheitliche und soziale Ord-
nung - heute und morgen, ein
Beitrag der Bundesvereinigung
der Deutschen Arbeitgeberver-
bände
Köln 1968

DGB

Vorschläge des Deutschen Ge-
werkschaftsbundes zur Änderung
des Betriebsverfassungsgesetzes
AuR 1968, 80 ff.; 112 ff.; 145 ff.;
176 ff.

Kammer für soziale
Ordnung der EKD

Sozialethische Erwägungen zur
Mitbestimmung in der Wirtschaft
der Bundesrepublik Deutschland
Hamburg 1968

Presse- und Informa-
tionszentrum des
Deutschen Bundestages

Betriebsverfassungsgesetz
Aus der ersten, zweiten und
dritten Beratung des Deutschen
Bundestages
Stuttgart 1972

Union der leitenden
Angestellten

Entwurf eines Gesetzes über die
Rechtsstellung der leitenden
Angestellten in der betrieb-
lichen Ordnung
Der leitende Angestellte 1968,
183 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Die Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrechtsblattei
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRdGGnw	Das Arbeitsrecht der Gegenwart
ArbuSozR	Arbeits- und Sozialrecht
ARST	Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BABl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayVerfGHE NF	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes Neue Folge
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BDA	Bundesverband der Deutschen Arbeitgeber
betr.	betrifft
BetrVG(1952)	Betriebsverfassungsgesetz (1952)

BGB1.	Bundesgesetzblatt
B1StSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BR	Betriebsrat
BT-Drucks.	Bundestags - Drucksache
BUV	Betriebs- und Unternehmensverfassung
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
Einl.	Einleitung
EKD	Evangelische Kirche Deutschlands
Erl.	Erläuterung
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
Festschr.	Festschrift
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GewMonh	Gewerkschaftliche Monatshefte
GG	Grundgesetz
GK-BetrVG	Gemeinschaftskomentar zum Betriebsverfassungsgesetz
grds.	grundsätzlich
Grundz.	Grundzüge
Hb.	Handbuch
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
InfStuWi	Die Information über Steuer und Wirtschaft
i.S.	im Sinne
iVm	in Verbindung mit

JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LB	Lehrbuch
LS	Leitsatz
Mitbestgespr.	Das Mitbestimmungsgespräch
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr(n).	Randnummer(n)
Rdz.	Randziffer
RegEntw.	Regierungsentwurf
RuGes	Recht und Gesellschaft
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SozArb	Soziale Arbeit
StuWi-Kurzpost	Steuer- und Wirtschafts- Kurzpost
Ula	Union der leitenden Ange- stellten
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeit
Ziff.	Ziffer

INHALTS ÜBERSICHT

	<u>Seite</u>
1. Einführung	1
1.1. Darstellung der Regelung	1
1.1.1. Zum Inhalt des § 102 Abs.5 BetrVG	1
1.1.2. Die allgemeine Bedeutung der Vorschrift	1
1.2. Vergleich mit dem BetrVG 1952	2
1.3. Die Gesetzentwürfe und die parlamentarischen Beratungen	6
1.3.1. Die verschiedenen Vorstellungen zur Novellierung	6
1.3.2. Das Gesetzgebungsverfahren	8
1.4. Schaubild zum System der personellen Mitbestimmung	11
1.5. Der Stellenwert des Weiter- beschäftigungsanspruchs im System der personellen Mit- bestimmung	12
2. Die Voraussetzungen des Weiter- beschäftigungsanspruchs	14

	<u>Seite</u>
2.1. Ordentliche Kündigung	14
2.1.1. Definition	14
2.1.2. Abgrenzung der Kündigung von anderen Formen der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses	14
2.1.2.1. Einverständliche Beendigung	14
2.1.2.2. Fristablauf	15
2.1.2.3. Anfechtung und Geltendmachung der Nichtigkeit des Arbeits- verhältnisses	15
2.1.2.4. Aussperrung	15
2.1.3. Abgrenzung der ordentlichen von der außerordentlichen Kündigung	16
2.1.4. Die allgemeinen Kündigungsgründe, § 1 Abs.2 Satz 1 KSchG	17
2.1.5. Das Nachschieben von Kündigungs- gründen	19
2.2. Widerspruch des Betriebsrats	21
2.2.1. Allgemeine Bedeutung	21
2.2.1.1. Erweiterung der Gründe, aus denen eine Kündigung für sozial ungerechtfertigt erklärt werden kann	21

	<u>Seite</u>
2.2.1.2. Widerspruch des Betriebsrats als Voraussetzung für das Ent- stehen des Weiterbeschäfti- gungsanspruchs	22
2.2.2. Ordnungsgemäßer Widerspruch	23
2.2.2.1. Darstellung der Fallgruppen, § 102 Abs.3 Ziff. 1-5	23
2.2.2.1.1. Fehlende oder unzureichende Berücksichtigung sozialer Ge- sichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeit- nehmers	24
2.2.2.1.2. Verstoß gegen eine Richtlinie nach § 95	26
2.2.2.1.3. Zum Widerspruchsrecht des Be- triebsrats, wenn Weiterbe- schäftigungsmöglichkeiten für den gekündigten Arbeitnehmer bestehen	28
2.2.2.1.3.1. Allgemeines	28
2.2.2.1.3.2. Besonderheiten bei den einzel- nen Widerspruchsgründen	30
2.2.2.1.3.2.1. § 102 Abs.3 Ziff.3	30
2.2.2.1.3.2.2. § 102 Abs.3 Nr.4	31
2.2.2.1.3.2.3. § 102 Abs.3 Ziff.5	33

	<u>Seite</u>
2.2.2.2. Das Verhältnis der Widerspruchs- gründe zu den allgemeinen Kün- digungsgründen	34
2.2.2.2.1. Betriebsbedingte Kündigung	36
2.2.2.2.2. Personenbedingte Kündigung	37
2.2.2.2.3. Verhaltensbedingte Kündigung	42
2.2.2.3. Formelle Anforderungen für die Einlegung des Widerspruchs	44
2.2.2.3.1. Schriftform	44
2.2.2.3.2. Begründungspflicht	46
2.2.2.3.3. Zur Zulässigkeit der Rücknahme des Widerspruchs	49
2.2.3. Fristgemäßer Widerspruch	50
2.2.4. Die rechtlichen Auswirkungen des Widerspruchs	53
2.2.4.1. Betriebsverfassungsrechtliche Aus- wirkungen	53
2.2.4.2. Kündigungsschutzrechtliche Folgen, insbesondere zu der Frage, ob die Einführung der neuen Tatbestände des § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG den individuellen Kündigungs- schutz einschränkt	55
2.3. Die Klage des Arbeitnehmers	60

	<u>Seite</u>
2.3.1. Der berechtigte Personenkreis	60
2.3.1.1. Der Arbeitnehmerbegriff	60
2.3.1.2. Die Beschäftigungsdauer	61
2.3.2. Zur Frage der Bindung an die Fristen des KSchG	62
2.3.2.1. Die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG	62
2.3.2.2. Zur Möglichkeit einer Fristver- längerung	64
2.4. Das Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers	64
3. Der Inhalt des Weiterbeschäftigungsan- spruchs	66
3.1. Das Wesen der Beschäftigungspflicht	66
3.2. Die Rechtsnatur des Weiterbeschäfti- gungsanspruchs	73
3.2.1. Im Falle des Obsiegens des gekündig- ten Arbeitnehmers	74
3.2.2. Im Falle der Abweisung der Kündi- gungsschutzklage	74
3.3. Zum Begriff der unveränderten Arbeitsbe- dingungen	80

	<u>Seite</u>
3.4. Die Dauer der Weiterbeschäftigungspflicht	81
4. Die Behandlung des Weiterbeschäftigungsanspruchs bei besonderen Fallgestaltungen	85
4.1. Zur Frage der Anwendbarkeit des § 102 Abs. 5 auf Änderungskündigungen	85
4.1.1. Zum Begriff der Änderungskündigung	85
4.1.2. Abgrenzung der Änderungskündigung von anderen Formen der Änderung der Arbeitsbedingungen	86
4.1.2.1. Zur Änderung von Arbeitsbedingungen durch einseitige Erklärung des Arbeitgebers	86
4.1.2.2. Die Änderung der Arbeitsbedingungen im beiderseitigen Einvernehmen	87
4.1.2.3. Die Teilkündigung	88
4.1.3. Kollision von § 102 Abs.5 und § 2 KSchG bei Änderungskündigungen?	88
4.2. Kann der Arbeitgeber der Weiterbeschäftigungspflicht dadurch entgehen, daß er eine außerordentliche Kündigung mit einer vorsorglichen ordentlichen Kündigung verbindet ?	92

	<u>Seite</u>
4.3. Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn der Betriebsrat die Einlegung des Widerspruchs versäumt ?	97
4.3.1. Betriebsverfassungsrechtliche Sanktionen	97
4.3.2. Individualrechtliche Folgen für den einzelnen Arbeitnehmer	98
4.3.3. Schadensersatzansprüche gegen den Betriebsrat oder gegen einzelne Betriebsratsmitglieder	105
4.4. Rechtslage beim Fehlen eines Betriebs- rats	113
5. Die Entbindung des Arbeitgebers von der Weiterbeschäftigungspflicht durch einst- weilige Verfügung gem. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3	115
5.1. Allgemeine Würdigung der Norm als Aus- nahmeregelung	115
5.2. Die einzelnen Fallgruppen	116
5.2.1. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1	116
5.2.1.1. Mangelnde Erfolgsaussicht der Klage	116
5.2.1.2. Mutwilligkeit der Klage	118
5.2.2. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.2	119

	<u>Seite</u>
5.2.2.1. Zum Begriff der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit	119
5.2.2.2. Keine Erweiterung der Vorschrift auf Fälle der persönlichen Unzu- mutbarkeit	120
5.2.3. § 102 Abs.5 Satz 3 Ziff.3	121
5.3. Die einstweilige Verfügung	123
5.3.1. Der Antrag	123
5.3.2. Der Gang des Verfahrens	123
5.3.3. Die Art der Entscheidung	125
5.3.4. Rechtsbehelfe	129

1. Einführung

1.1. Darstellung der Regelung

1.1.1. Zum Inhalt des § 102 Abs.5 BetrVG¹⁾

Das Betriebsverfassungsgesetz 1972 gewährt dem Arbeitnehmer in § 102 Abs.5 einen Weiterbeschäftigungsanspruch. Die Vorschrift setzt voraus, daß der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widerspricht und daß der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage nach dem KSchG erhebt. Weiterhin ordnet sie an, daß der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen muß, ihn nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen. Von dieser Verpflichtung kann sich der Arbeitgeber nur durch einstweilige Verfügung entbinden lassen. Den zu diesem Zweck erforderlichen Antrag muß er auf einen der in § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 aufgeführten Gründe stützen.

1.1.2. Die allgemeine Bedeutung der Vorschrift

Die in § 102 verankerte Mitbestimmung bei Kündigungen ist Bestandteil der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, die in den §§ 92-105 geregelt ist. Die genannten Bestimmungen zählen zu den wichtigsten Bereichen der betrieblichen und arbeitsgerichtlichen Praxis²⁾. Die große Zahl von Autoren³⁾, die insbesondere die Vorschrift des § 102 Abs.5 in der relativ kurzen Zeitspanne seit

1) §§ ohne Gesetzesangabe sind im folgenden solche des BetrVG

2) Zur Bedeutung des § 102 Abs.5 vgl.z.B. Böhm BB 1974,1641

3) Einen ersten Überblick über die reichhaltige Literatur verschaffen Dietz/Richardi vor § 102

der Neufassung¹⁾ des BetrVG zum Gegenstand einer Stellungnahme gemacht haben, mag als Beleg für diese Feststellung dienen.

Eine umfassende Erörterung der sich ergebenden Streitpunkte ist somit geeignet, neben den wissenschaftlichen auch praktischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen.

Die durch die Einführung des Weiterbeschäftigungsanspruchs in § 102 Abs.5 auftauchenden Probleme in ihrer Gesamtheit - und nicht nur in einer Auswahl - zu beleuchten, soll deshalb Aufgabe dieser Untersuchung sein.

1.2. Vergleich mit dem BetrVG 1952

Einen Weiterbeschäftigungsanspruch in Art und Ausmaß des § 102 Abs.5 hat es zur Zeit der Geltung des 1952 in Kraft getretenen Betriebsverfassungsgesetzes nicht gegeben. Vielmehr war der Betriebsrat gem. § 66 Abs.1 BetrVG 1952 vor Einzelkündigungen lediglich anzuhören. Dieses Anhörungsrecht war weniger bedeutsam als ein "Beratungs-" oder "Zustimmungsrecht"; erst recht wurde keine Einigung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber verlangt²⁾. Sieht man von der durch den Arbeitgeber zu erfolgenden "Mitteilung" der beabsichtigten Kündigung ab, so stand das Anhörungsrecht betriebsverfassungsrechtlich auf der letzten Stufe der Beteiligungsrechte³⁾.

-
- 1) Daß es sich nicht nur um eine Reform handelte, ist h.M.; vgl. BT-Drucks. VI/1786 S.31; Göbel B1StSozArbR 1972,1; Hromadka NJW 1972,186; Stahlhacke B1StSozArbR 1972,51
 - 2) Neumann-Duesberg S.538
 - 3) Dietz Vorbem.24 ff.vor § 49; Galperin/Siebert § 66 Rdnr.6; Hueck/Nipperdey II/2 S.1061 f.; Nikisch III S.478 f.

Das Anhörungsrecht diene nicht zuletzt dazu, den in § 49 Abs.1 BetrVG 1952¹⁾ erwähnten generalklauselartigen Begriff der vertrauensvollen Zusammenarbeit mit Inhalt zu erfüllen²⁾. Es leuchtet ein, daß es ohne Angabe von Kündigungstermin und Kündigungsgrund dem Betriebsrat nicht möglich ist, sachgerechte eigene Überlegungen anzustellen und über deren Ergebnis den Arbeitgeber zu informieren um diesen in die Lage zu versetzen, den Ausspruch der Kündigung noch einmal zu überdenken³⁾.

Im Rahmen des § 66 Abs.1 BetrVG 1952 war jedoch weniger die Ausgestaltung des Anhörungsrechts umstritten als vielmehr die Rechtsfolgen für den Fall, daß der Arbeitgeber es unterließ, den Betriebsrat anzuhören.

Während eine Auffassung die Anhörung des Betriebsrats aus gesetzestechnischen und teleologischen Gründen als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung ansah⁴⁾, begründeten die Vertreter der

- 1) Im BetrVG 1972 hat der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit in § 2 Abs.1 Eingang gefunden. Wegen seiner besonderen Bedeutung ist er in die einleitenden Bestimmungen des neuen BetrVG vorgezogen worden. So: Erdmann BlStSozArbR 1971, 242; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 2 Anm.1; Stege/Weinspach S.49; Thiele GK-BetrVG Einl.Anm.60; grds.kritisch zu dieser Bestimmung Brock-Hindrichs u.a. Themenkreis Betrieb 3 S.54 ff.
- 2) Fitting/Kraegeloh/Auffarth § 66 Anm.8; Prasse AuR 1956, 204
- 3) Baum BB 1972, 175; Bührig § 66 Erl.2); Dietz § 66 RdNr.2; Freese BB 1973, 666; Halberstadt/Zander RdNr.358 u.539; Rohde Mitbestgespr. 1972, 157
- 4) LAG Berlin BB 1954, 562; LAG Frankfurt AP 54 Nr.150; LAG Freiburg DB 1953, 512; Bührig § 66 Erl.4); Fitting/Kraegeloh/Auffarth § 66 Anm.13 ff.; Frey AuR 1959, 335; Haberkorn NJW 1952, 1234 f.; Herschel JZ 1954, 762 f.; Neumann-Duesberg S.549; Reinhardt Nikisch-Festschr. S.115 ff.; Sahmer § 66 Anm.5; Siebert Nikisch-Festschr. S.134 ff.; Uerpmann DB 1953, 107

Gegenmeinung ihre ablehnende Haltung in erster Linie damit, daß die kollektivrechtlichen Vorschriften des BetrVG - also auch § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 - keinen Einfluß auf das vertragliche Einzelarbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben könnten¹⁾. Demgegenüber vertrat das Bundesarbeitsgericht seit dem Urteil vom 15.9.1954²⁾ eine Mittelmeinung. Es machte zwar die zivilrechtliche Wirksamkeit der Kündigung nicht von der vorherigen Anhörung des Betriebsrats abhängig. Wenn jedoch der Arbeitgeber die Anhörung rechtswidrig, vorsätzlich und schuldhaft unterlassen hatte, sollte nach der Auffassung des Gerichts die Kündigung gem. § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt sein³⁾.

Dieser dogmatischen Notlösung⁴⁾ wurde durch die Neufassung des BetrVG ein Ende bereitet. § 102 Abs. 1 Satz 3 stellt nunmehr eindeutig klar, daß eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam ist⁵⁾.

Zwar bedeutet diese Neuregelung eine erhebliche Verbesserung der Rechtspositionen des Betriebsrats und des einzelnen Arbeitnehmers⁶⁾. Die Forderungen des DGB und der SPD-Bundestagsfraktion⁷⁾, die darauf abzielten, jede Kündigung von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig zu machen, wurden aber nicht erfüllt⁸⁾.

1) LAG Düsseldorf DB 1953, 535; LAG Hamm DB 1953, 535; ArbG Düsseldorf DB 1953, 356; Dietz § 66 Rdnr. 11 a; Erdmann § 66 Anm. 6; Galperin § 66 Anm. 13; Huber II S. 544; Hueck KSchG (7. Aufl.) Einl. S. 30; Kunkel DB 1953, 355; Neumann-Duesberg Anm. zu LAG Frankfurt AP Nr. 150 S. 515 f.

2) JZ 1954, 759; sowie die Urteile vom 15.9.1954 AP Nr. 2 zu § 66; vom 27.6.1955 AP Nr. 4 zu § 66 und vom 1.3.1957 AP Nr. 10 zu § 66

3) BAG a.a.O. S. 761; ähnlich Galperin/Siebert § 66 Anm. 13; Bleistein S. 52 ff.; vgl. zum Ganzen die Darstellungen von Meisel DB 1963, 1765 ff. und Kitzelmann BUV 1971, 29 ff.

4) Herschel JZ 1954, 763; Neumann-Duesberg S. 547; Richardi ZfA-Sonderheft S. 24

5) Kritisch dazu: Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm. 2; Galperin RegEntw S. 41; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm. 17

6) Für alle Stege/Weinspach S. 345

7) Abgedruckt in. RdA 1969, 35 ff.

8) Kritisch Schneider BABl. 1972, 296

Allerdings haben es die Gesetzgebungsorgane unterlassen, die Geltendmachung der Unwirksamkeit an eine bestimmte Frist zu binden. Daraus kann jedoch nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, § 4 KSchG, der für die Klage wegen sozial ungerechtfertigter Kündigungen eine Frist von drei Wochen anordnet, sei entsprechend anzuwenden, wenn die Unwirksamkeit der Kündigung wegen unterlassener Anhörung des Betriebsrats in Frage steht¹⁾. Vielmehr muß man dem Gesetzgeber unterstellen, daß er durch seine Entscheidung gegen die Rechtsfolgen des KSchG - die Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats ist eben nicht mehr lediglich sozial ungerechtfertigt, sondern unwirksam - auch von den Fristen dieses Gesetzes Abstand nehmen wollte²⁾. Die Regelungen des KSchG lassen gleichfalls keine andere Schlußfolgerung zu. Da die Kündigung wegen unterlassener Anhörung des Betriebsrats aus einem anderen Grunde als dem der Sozialwidrigkeit unwirksam ist, gilt für sie die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG nicht³⁾. Dem entspricht § 13 Abs. 3 KSchG, der die analoge Anwendung der Fristen des KSchG auf einen anderen Unwirksamkeitsgrund als den der Sozialwidrigkeit verbietet⁴⁾. Die Unwirksamkeit der Kündigung wegen unterlassener Anhörung des Betriebsrats kann somit grundsätzlich unbefristet geltend gemacht werden.

1) So aber Freese BB 1973, 666; Hautmann/Schmitt S. 186; unklar Adomeit DB 1971, 2362

2) So im Ergebnis die ganz h.M.: BAG EzA Nr. 8 zu § 102 LS 8; LAG Hamm DB 1972, 2408; Brede BlStSoz ArbR 1973, 17; Brecht § 102 Anm. 2; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm. 2; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm. 8; Gumpert BB 1972, 47; Kitzelmann BUV 1972, 209; Meisel DB 1972, 1679; Schaub BR S. 240; Stege/Weinspach S. 365; kritisch: Buchner AG 1971, 195; Dietz/Richardi § 102 Rdnr. 3; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm. 18; Stahlhacke BlSt SozArbR 1972, 57

3) Ebenso Göttling/Hoentges/Zepp RdA 1972, 282; Gumpert a.a.O. S. 47

4) Kraft a.a.O. Anm. 18; Stege/Weinspach S. 365

Einer mißbräuchlichen Anwendung dieser Regelung sollte dadurch begegnet werden, daß der Arbeitnehmer sein Recht verwirkt hat, wenn ein erheblicher Zeitraum verstrichen ist und der Arbeitgeber berechtigt darauf vertraut, daß der Arbeitnehmer nicht mehr auf der Geltendmachung besteht ¹⁾.

Die Neufassung des BetrVG begnügt sich jedoch nicht allein damit, die Rechtsfolgen der Nichtanhörung des Betriebsrats erstmals, wenn auch - wie dargelegt - nicht vollständig, gesetzlich zu normieren, sondern gestaltet in § 102 die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kündigungen insgesamt um bzw. baut sie in erheblichem Maße weiter aus ²⁾. Damit soll der "einschneidenden Bedeutung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber" ³⁾ Rechnung getragen werden. Insbesondere mit dem in Abs. 3 geregelten Widerspruchsrecht des Betriebsrats, sowie dem durch Abs. 5 begründeten Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, dessen rechtliche Würdigung Gegenstand dieser Untersuchung ist, betritt der Gesetzgeber völliges Neuland.

1.3. Die Gesetzentwürfe und die parlamentarischen Beratungen

1.3.1. Die verschiedenen Vorstellungen zur Novellierung

Der Wandel in den wirtschaftlichen und sozialen Anschauungen, der sich in den zwanzig

- 1) Adomeit DB 1971, 2362; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm. 2; Stahlhacke B1StSoz ArbR 1972, 57
- 2) ArbG Ludwigshafen BB 1972, 446; Anders BABl. 1972, 302; Göbel B1StSoz ArbR 1972, 25; Richardi ZfA-Sonderheft 1972, 22
- 3) BT-Drucks. VI/1786 S. 32

Jahren seit dem Erlaß des BetrVG 1952 vollzogen hatte¹⁾, führte bei allen an der Entwicklung des Betriebsverfassungsrechts Beteiligten zu der Überzeugung, daß insbesondere im Bereich der personellen Einzelmaßnahmen eine Reformierung des BetrVG dringend erforderlich sei^{2) 3)}. Folgerichtig unterbreiteten nicht nur die Bundestagsfraktionen der SPD⁴⁾, FDP⁵⁾ und der CDU/CSU⁶⁾ eigene Gesetzesvorschläge, sondern auch die Gewerkschaften⁷⁾, die ULA⁸⁾, die Arbeitgeberseite⁹⁾ und der Rat der EKD¹⁰⁾. Zur Verabschiedung eines neuen BetrVG kam es in der 5. Legislaturperiode aber leider nicht mehr.

1) Vgl. dazu: BT-Drucks. VI/1786 S. 31; BT-Drucks. VI/1806 S. 30; Arendt BABl. 1972, 273 f.; Aufarth AuR 1972, 33; Erdmann B1StSozArbR 1971, 241; Fitting BABl. 1972, 277; Rohde Mitbest gespr. 1972, 155; Wisskirchen BABl. 1972, 288; Wölfel ArbuSozR 1972, 3

2) BT-Drucks. VI/1786 S. 31; BT-Drucks. VI/1806 S. 30; Schneider BABl. 1972, 295; Strathmann SozArb 1972, 51

3) Trotz der erkannten Unzulänglichkeiten ist die Überzeugung weitverbreitet, das BetrVG 1952 habe sich in seinen Grundzügen bewährt: Erdmann/Jürging/Kammann Einl. S. 88; Strathmann a.a.O. S. 49; Wisskirchen a.a.O. S. 288; kritisch Anders BABl. 1972, 299; Schneider a.a.O. S. 292

4) BT-Drucks. V/3658

5) BT-Drucks. V/4011

6) BT-Drucks. V/2234

7) AuR 1968, 80 ff., 112 ff., 145 ff., 176 ff.

8) Der leitende Angestellte Heft 11, 1968

9) BDA-Druckschrift vom 8.10.1968

10) Sozialethische Erwägungen zur Mitbestimmung in der Wirtschaft der Bundesrepublik Deutschland 1968

1.3.2. Das Gesetzgebungsverfahren

Sowohl die Bundesregierung¹⁾ als auch die CDU/CSU-Fraktion²⁾ leiteten jedoch dem 6.Deutschen Bundestag alsbald neue Gesetzentwürfe zu.

Nach eingehenden Beratungen des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung³⁾ wurde das Gesetz in der Fassung der Ausschussvorlage am 10.11.1971 vom Bundestag verabschiedet⁴⁾. Der Bundesrat rief zwar den Vermittlungsausschuß an, dieser lehnte jedoch eine Änderung des Bundestagsbeschlusses ab. Der Bundesrat stimmte daraufhin am 17.12.1971 dem Gesetz zu. Einen Tag später wurde das Gesetz verkündet (BGBl.I S.13); am 19.2.1972 trat es in Kraft⁵⁾.

Der in § 102 Abs.5 verankerte Weiterbeschäftigungsanspruch wurde in der 3.Lesung durch Beschluß des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung eingefügt⁶⁾. Eine ähnliche Regelung war erstmals im Entwurf der CDU/CSU-Fraktion enthalten gewesen⁷⁾. § 39 Abs.3 war jedoch - verglichen mit der jetzigen Fassung des § 102 Abs.5 - unvollständig. Als Rechtsfolge für einen frist- und ordnungsgemäß eingelegten Widerspruch des Betriebsrats ordnete der Oppositionsvorschlag nämlich lediglich an, "daß das Arbeitsverhältnis im Falle eines Kündigungsschutzprozesses bis zum rechtskräftigen Abschluß dieses Rechtsstreits bestehen bleiben solle⁸⁾.

1) BT-Drucks.VI/1786

2) BT-Drucks.VI/1806

3) Über die Ergebnisse der Beratungen vgl.den Schriftlichen Bericht zu BT-Drucks.VI/2729

4) Das Ergebnis der Schlußabstimmung lautete: Mit Ja stimmten 264 Abgeordnete, mit Nein 212 Abgeordnete; 4 Abgeordnete enthielten sich der Stimme, 1 Stimme war ungültig. Quelle: BetrVG, hrsg.vom Presse- und Informationszentrum des Deutschen Bundestages S.190

5) Zur Entstehung des BetrVG 1972 vgl.Schneider Mitbestgespr.1972,3 ff.

6) BT-Drucks.VI/2729 S.47

7) BT-Drucks.VI/1806 S.3

8) BT-Drucks.VI/1806 S.40

Diese Formulierung hätte zwar den Arbeitgeber dazu verpflichtet, den Arbeitnehmer weiterhin zu entlohnen, ihm aber andererseits die Möglichkeit offengelassen, den Arbeitnehmer von der Arbeit freizustellen¹⁾.

Nach bisherigem Recht hatte es in der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers gelegen, ob er das Arbeitsverhältnis mit dem jeweiligen Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses aufrechterhielt oder nicht. Gab allerdings das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage statt, so bestanden für den Arbeitgeber zwei Verpflichtungen: Einerseits mußte er den Arbeitnehmer wieder einstellen, andererseits trug er das Risiko der Lohnnachzahlung - mit der Anrechnungsklausel des § 11 KSchG a.F. - ohne eine Gegenleistung zu erhalten²⁾. Der Vorschlag der CDU/CSU-Fraktion hätte somit die Stellung des Arbeitnehmers nicht im erforderlichen Maße verbessert. In der Erkenntnis, daß nur ein wirksamer Bestandsschutz während des Kündigungsverfahrens eine adäquate Arbeitsplatzsicherung darstellt³⁾, hat der Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung deshalb den Gesetzesvorschlag der Opposition in der nunmehr in § 102 Abs. 5 vorliegenden Form modifiziert⁴⁾. Durch die Einführung des Weiterbeschäftigungsanspruchs in § 102 Abs.5 hat der Gesetzgeber die Rechte des einzelnen Arbeitnehmers beträcht-

1) Götting/Hoentges/Zepp RdA 1972, 285; Stahlhacke KSchG Rdnr. 146

2) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm. 57; Götting/Hoentges/Zepp a.a.O.; Kitzelmann BUV 1972, 218 f.; Schlochauer RdA 1973, 160; Stahlhacke B1StSoz ArbR 1972, 59; Stege/Weinspach S. 367

3) Dietz/Richardi § 102 Rdnr. 95; Göbel B1StSoz ArbR 1972, 25; Götting/Hoentges/Zepp a.a.O.; Schlochauer a.a.O. S. 160 f.; Stege/Weinspach a.a.O.

4) BT-Drucks. zu VI/2729 S. 7, 31

lich erweitert. Die gesetzgebenden Körperschaften ließen sich dabei von der Überlegung leiten, daß das Risiko des Arbeitsplatzverlustes die elementaren Interessen der Arbeitnehmer in einer Weise berührt, die es unvereinbar erscheinen läßt, diese Frage in die alleinige Entscheidungsgewalt des Arbeitgebers zu stellen¹⁾. Die "soziale Schutzbedürftigkeit"²⁾ des Arbeitnehmers macht es vielmehr erforderlich, ihm und seiner betrieblichen Interessenvertretung ein Mitbestimmungsrecht in diesem wichtigen Bereich einzuräumen, denn die Existenz des Arbeitnehmers ist bedroht, wenn es ihm unmöglich gemacht wird, sein wichtigstes Kapital - die Arbeitskraft - zu verwerten. Diese Feststellung wird dadurch belegt, daß der überwiegende Teil der abhängig Arbeitenden auch heutzutage nur kurze Zeit ohne Beschäftigung existieren kann³⁾. Die Sicherung des Arbeitsplatzes durch einen Weiterbeschäftigungsanspruch bei ordentlichen Kündigungen ist deshalb ein wesentlicher Fortschritt im Hinblick auf die Sicherung der Lebenssituation des einzelnen Arbeitnehmers und ein weiterer Schritt auf dem Wege zur Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit⁴⁾.

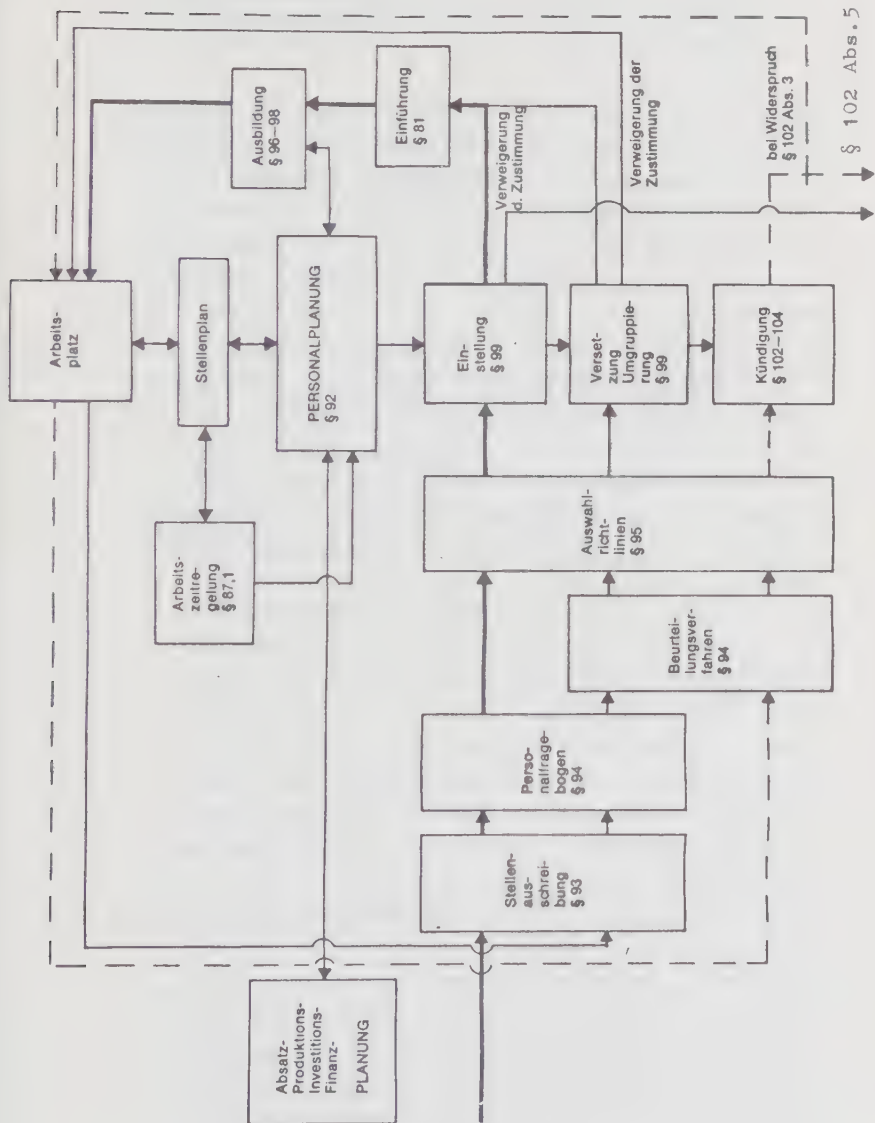
1) In diesem Sinne BT-Drucks. VI/1786 S.32; Reuter/Streckel Grundfragen S.8; Rohde Mitbestgespr. 1972,157

2) Reuter/Streckel a.a.O.

3) Allerdings besitzt dieses Problem auf Grund des Ausbaus der sozialen Sicherung in der BRD nicht mehr die Brisanz, die ihm noch zum Beginn der Industrialisierung zukam. Vgl. dazu Adam Smith, Inquiry into the nature and causes of the world of nations 1.Buch 8.Kap. S.28

4) Vgl. dazu den Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung, BT-Drucks. VI/334 S.18 f.

1.4. Schaubild zum System der personellen Mitbestimmung



1.5. Der Stellenwert des Weiterbeschäftigungsanspruchs im System der personellen Mitbestimmung

Schließlich soll noch kurz auf die Frage eingegangen werden, welcher Stellenwert dem Weiterbeschäftigungsanspruch im System der personellen Mitbestimmung zukommt. Aus dem zuvor dargestellten Schaubild ergibt sich, daß das Mitbestimmungsrecht in personellen Angelegenheiten den Arbeitnehmer auf allen wesentlichen Stationen seines Tätigwerdens im Betrieb begleitet. Das System läßt sich in drei Komplexe untergliedern: 1. Die allgemeinen personellen Angelegenheiten, §§ 92 - 95; 2. Die Berufsbildung, §§ 96 - 98; 3. Die personellen Einzelmaßnahmen, die in den §§ 99 - 105 geregelt sind. Während der Betriebsrat bei der Personalplanung lediglich ein Informationsrecht besitzt, gesteht ihm das Gesetz bei bestimmten personalpolitischen Entscheidungen ein Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrecht zu. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats wachsen also entsprechend der Bedeutung, die eine personalpolitische Entscheidung für den einzelnen Arbeitnehmer besitzt, an. Den erheblichen Konsequenzen einer Kündigung korrespondiert deshalb die weitreichende Ausgestaltung der Mitbestimmungsbefugnis der Arbeitnehmervertretung in Form eines Widerspruchsrechts. Allerdings besteht hier insofern eine Besonderheit, als § 102 Abs. 5 die Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs auch von der Initiative des Arbeitnehmers selbst abhängig macht. Dieser muß nämlich ein entsprechendes Verlangen an den Arbeitgeber stellen. Dem Arbeitnehmer wird es auf diese Weise ermöglicht, die letzte und endgültige Entscheidung über sein weiteres Verbleiben im Betrieb selbst zu treffen. Andererseits verschafft die Mitwir-

kung des Betriebsrats der Verwirklichung seiner Rechte die notwendige Durchsetzbarkeit. Der komplizierte Aufbau der Tatbestandsvoraussetzungen des § 102 Abs.5 ist ein Indiz dafür, daß der Gesetzgeber die Bedeutung dieser Neuerung erkannt und sich deshalb um ein größtmögliches Maß an rechtsstaatlicher Bestimmtheit der tatbestandlichen Voraussetzungen bemüht hat. Die Wichtigkeit dieser Vorschrift wird durch die betriebliche Praxis und die Fülle der bislang erschienenen arbeitsrechtlichen und arbeitsgerichtlichen Stellungnahmen eindrucksvoll unterstrichen. Im System der personellen Mitbestimmung nimmt der Weiterbeschäftigungsanspruch somit einen sehr hohen Stellenwert ein.

Nachfolgend soll nun untersucht werden, von welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber die Entstehung dieses Anspruches abhängig macht.

2. Die Voraussetzungen des Weiterbeschäftigungsanspruchs

2.1. Ordentliche Kündigung

Erste Voraussetzung dafür, daß ein Weiterbeschäftigungsanspruch entsteht, ist die ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, § 102 Abs.5 Satz 1.

2.1.1. Definition

Unter einer Kündigung versteht man im Arbeitsrecht die einseitige, empfangsbedürftige, rechtsgestaltende Willenserklärung, die den Endtermin eines Arbeitsverhältnisses bestimmen soll¹⁾.

2.1.2. Abgrenzung der Kündigung von anderen Formen der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses

Diese Begriffsbestimmung macht es notwendig, die Kündigung gegenüber anderen Beendigungsgründen eines Arbeitsverhältnisses abzugrenzen.

2.1.2.1. Einverständliche Beendigung

Selbstverständlich liegt eine Kündigung nicht vor, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis einverständlich auflösen. Ein derartiges Einvernehmen setzt jedoch eine ausdrückliche Erklärung des Arbeitnehmers voraus²⁾. Es genügt somit nicht, wenn der Arbeitnehmer auf die Kündigungserklärung des Arbeitgebers lediglich schweigt³⁾.

1) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.9; Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr.46; Schaub BR S.238

2) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.6

3) Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.; Meisel Mitbest. S.149; Stege/Weinspach S.347 f.

2.1.2.2. Fristablauf

Ebenfalls liegt *k e i n e* Kündigung vor, wenn ein befristetes Arbeitsverhältnis (§ 620 Abs.1 BGB) endet¹⁾. Gleiches gilt, wenn der Arbeitsvertrag zwar nicht auf bestimmte Zeit geschlossen wurde, die Dauer des Arbeitsverhältnisses sich jedoch aus den äußeren Umständen für die Vertragspartner erkennbar ergibt (§ 620 Abs.2 BGB)²⁾.

2.1.2.3. Anfechtung und Geltendmachung der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses

Weiterhin kann auch die Anfechtung und die Geltendmachung der Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses nicht als eine Kündigung angesehen werden³⁾. Allerdings löst die Anfechtung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses - wie allgemein bei Dauerschuldverhältnissen⁴⁾ - die Rechtsbeziehungen nur mit *ex-nunc*-Wirkung auf⁵⁾.

2.1.2.4. Aussperrung

Schließlich ist auch die lösende Aussperrung⁶⁾

1) Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr.48; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.5; Stege/Weinspach S.348

2) Hueck/Hueck a.a.O.

3) BAG AP Nr.2 zu § 123 BGB; Hueck/Hueck a.a.O. Rdnr. 58; Kraft a.a.O. Anm.2; Stege/Weinspach a.a.O.; a.A.Nikisch I S.223 ff.

4) Vgl.dazu Bleistein S.16 und Esser S.196 f.

5) Hueck/Nipperdey I S.186 m.w.Nachw.; Staudinger/Nipperdey § 611 Anm.97; a.A. Farthmann JuS 1964, 142 ff.; vgl.auch LAG Frankfurt AP 54 Nr.85

6) Die Entziehung der Arbeitskraft ist für den abhängig beschäftigten Arbeitnehmer die einzige erfolversprechende Möglichkeit, seinen Forderungen nach besseren Arbeits- und Lohnbedingungen Geltung zu verschaffen. Die Anerkennung des Streikrechts erscheint demnach als adäquates Mittel, um die wirtschaftlichen Ungleichverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszubalancieren. Indem man den Arbeitgebern das Recht auf Aussperrung zugesteht, läuft man Gefahr, die alte Disparität wiederherzustellen. Zur Vertiefung dieser Problematik sei verwiesen auf Evers S.26 ff.; Müller RdA 1971, 322 ff.; Musa RdA 1971, 346 ff.; Richardi RdA 1971, 334 ff.; Rajewski Arbeitskampfrecht Einl. S.7; Streckel RuGes 1973, 169

im Rahmen eines Arbeitskampfes keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Weise, daß sie Kündigungsschutzrechtliche oder betriebsverfassungsrechtliche Folgen haben würde¹⁾.

Der Große Senat des BAG hat in seinem Beschluß vom 21.4.1971 entschieden²⁾, daß Aussperrungen im allgemeinen nur suspendierende Wirkung haben. Unter der Voraussetzung, daß sie sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bewegen, sieht er zwar auch lösende Aussperrungen als zulässig an. Dabei handelt es sich aber nicht um Kündigungen, sondern um "kollektivrechtliche Beendigungstatbestände eigener Art"³⁾.

2.1.3. Abgrenzung der ordentlichen von der außerordentlichen Kündigung

Der insoweit eindeutige Wortlaut des § 102 Abs.5 macht den Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers unter anderem davon abhängig, daß der Arbeitgeber eine o r d e n t l i c h e Kündigung ausgesprochen hat. Daß bei a u s s e r o r d e n t l i c h e n Kündigungen kein Weiterbeschäftigungsanspruch bestehen kann⁴⁾, ergibt sich aber auch aus gesetzeslogischen Gründen. Zum einen enthält nämlich Abs.5 infolge der Beschränkung auf ordentliche Kündigungen eine eindeutige Differenzierung gegenüber Abs.1, der dem Betriebsrat ein Anhörungsrecht ausdrücklich vor j e d e r Kündigung einräumt. Zum anderen ist der in Abs.5 zur Vorausset-

1) Dietz/Richardi § 102 Rdnr. 26; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm. 6

2) SAE 1972,1 ff. m.Anm. Richardi S.10 ff.

3) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm. 8; Meisel Mitbest. S.150; Stege/Weinspach S.348 ff.

4) Kritisch zu der strengen Unterscheidung von ordentlicher und außerordentlicher Kündigung in diesem Zusammenhang Adomeit DB 1971,2363; Stahlhacke B1StSozArbR 1972,59

zung erhobene Widerspruch des Betriebsrats¹⁾ seinerseits gemäß Abs.3 nur bei ordentlichen Kündigungen möglich²⁾. Für die Behandlung des Weiterbeschäftigungsanspruchs besitzt somit die Unterscheidung von ordentlicher und außerordentlicher Kündigung eine erhebliche Bedeutung. Über die zu dieser Differenzierung notwendigen Abgrenzungskriterien besteht ein allgemeiner Konsens. Die außerordentliche Kündigung erfolgt aus bestimmtem Anlaß, bei dem es sich zumeist um einen wichtigen Grund i.S. des § 626 BGB handelt^{3) 4)}. Durch eine solche Kündigung wird das Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet⁵⁾. Demgegenüber müssen bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch ordentliche Kündigung die gesetzlichen, tariflichen oder einzelvertraglichen Kündigungsfristen eingehalten werden⁶⁾.

2.1.4. Die allgemeinen Kündigungsgründe, § 1 Abs.2 Satz 1 KSchG

Der Arbeitgeber ist jedoch auch bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung nicht völlig ungebunden. Vielmehr ist auch diese Form der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses nur bei Vorliegen besonderer Gründe zulässig, wenn auch

1) Die Fragen, die sich daraus ergeben, daß z.B. ein Betriebsrat überhaupt nicht vorhanden ist, bzw. ein bestehender Betriebsrat keinen Widerspruch einlegt, werden im folgenden noch erörtert.

2) Vgl. dazu Schlochauer RdA 1973, 161

3) Bleistein S.11 f.; Meisel DB 1972, 1628; Schaub BR S.239

4) Zu den bei einer Änderungskündigung auftauchenden Problemen wird im weiteren Verlauf der Untersuchung noch eingehend Stellung genommen.

5) Hueck/Hueck KSchG § 13 Rdnr.5

6) Schaub a.a.O. S.239

an diese geringere Anforderungen als an diejenigen bei außerordentlichen Kündigungen zu stellen sind¹⁾.

§ 1 Abs.1 KSchG ordnet die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung an, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Gemäß § 1 Abs.2 KSchG sind solche Kündigungen sozial ungerechtfertigt, die nicht durch Gründe eine Rechtfertigung erfahren, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt sind.

Somit sind ordentliche Kündigungen erst dann sozial gerechtfertigt, wenn sie betriebs-, personen- oder verhaltensbedingt sind. Die Beweislast dafür, daß diese Gründe vorliegen, obliegt dem Arbeitgeber, § 1 Abs.2 Satz 4 KSchG²⁾.

Selbst wenn dringende betriebliche Erfordernisse vorliegen, kann die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt sein, falls der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat, § 1 Abs.3 1.Halbsatz KSchG.

Die Beweislast dafür, daß bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt worden sind, trägt der Arbeitnehmer, § 1 Abs.3 Satz 3 KSchG³⁾.

Damit sieht sich der Arbeitnehmer vor die schwierige und unangenehme Aufgabe gestellt, gegenüber dem Arbeitgeber Kollegen zu benennen, deren Kün-

1) Bleistein S.11 ff.; Hueck/Nipperdey I S.562

2) Vgl. Hanau/Adomeit S.194; Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr.149

3) Der Antrag der CDU/CSU-Fraktion nach Umkehrung der Beweislast wurde in der Zweiten Beratung des BetrVG am 10.11.1971 abgelehnt. Quelle: BetrVG, Presse- und Informationsamt des Deutschen Bundestages S.169

digung nach seiner - des Arbeitnehmers - Ansicht sozialen Gesichtspunkten in höherem Maße Rechnung trägt. Ein derartiges Verfahren ist vor allem deshalb bedenklich, weil es negativen Einfluß auf die Solidarität der Arbeitnehmer ausübt¹⁾.

Eine Entscheidungshilfe wird dem Arbeitnehmer nur insofern gewährt, als der Arbeitgeber durch § 1 Abs.3 Satz 3 2.Halbsatz KSchG dazu verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben.

Die durch die mangelnde soziale Rechtfertigung unwirksame Kündigung zieht allerdings nicht ohne weiteres Sanktionen nach sich. Es ist vielmehr so, daß der Arbeitnehmer spätestens drei Wochen nach Zugang der Kündigung bei dem Arbeitsgericht eine Kündigungsschutzklage einreichen muß (§ 4 KSchG), andernfalls die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam fingiert wird (§ 7 KSchG).

2.1.5. Das Nachschieben von Kündigungsgründen

Wie bereits erwähnt, wird durch § 102 Abs.1 Satz 3 eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung für unwirksam erklärt. Um diese Rechtsfolge zu vermeiden, schreibt § 102 Abs.1 Satz 2 dem Arbeitgeber vor, den Betriebsrat über die Gründe für die Kündigung in Kenntnis zu setzen. Welche allgemeinen Kündigungsgründe seitens des Arbeitgebers angeführt werden dürfen, wurde im voraufgegangenen Abschnitt bereits erläutert. Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob es dem Arbeitgeber gestattet ist, im Rechtsstreit mit dem Arbeitneh-

1) So der CDU/CSU-Abgeordnete Adolf Müller in der Zweiten Beratung des BetrVG am 10.11. 1971. Quelle: BetrVG Presse- und Informationsamt des Deutschen Bundestages S.168

mer Kündigungsgründe nachzuschieben.

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich zum Teil aus § 102 Abs.1 Satz 3. Die dort geforderte Anhörung des Betriebsrats liegt nämlich nur dann vor, wenn dem Betriebsrat alle *w e s e n t - l i c h e n* Kündigungsgründe mitgeteilt wurden¹⁾.

Es würde nämlich "Sinn und Zweck der Anhörung widersprechen, wenn die Anhörung zu einer bestimmten Art der Kündigung erfolgen, die Kündigung selbst aber auf eine Grundlage gestützt würde, die nicht Gegenstand der Anhörung war"²⁾.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß durch ein Nachschieben von Kündigungsgründen das im folgenden noch zu behandelnde Widerspruchsrecht des Betriebsrats gemäß § 102 Abs.3 beeinträchtigt werden könnte, wenn sich der Betriebsrat mit einer unvollständigen Information über die Hintergründe der Kündigung begnügen müßte. Ohne eine möglichst umfassende Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung ist nämlich eine ordnungsgemäße Ausübung des Mitbestimmungsrechts bei Kündigungen schlechterdings nicht vorstellbar. Schließlich bleibt noch zu bedenken, daß es als Verstoß gegen die in § 2 Abs.1 niedergelegte Verpflichtung zur vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat angesehen werden müßte, wenn der Arbeitgeber vorsätzlich oder grob fahrlässig Kündigungsgründe - obwohl er von deren Vorliegen weiß - gegenüber dem Betriebsrat nicht erwähnen würde.

1) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.31; Gnade/Kehrmann/Schneider § 102 Anm.6; Stahlhacke B1StSozArbR 1974,297

2) LAG Hamm DB 1974,1344; Gester/Zachert ArbRdGgnw 1974,93

Aus alldem folgt meines Erachtens zwingend, daß ein Nachschieben von Kündigungsgründen im allgemeinen¹⁾ nicht zulässig sein kann. Etwas anderes mag allenfalls für den Fall gelten, daß der Arbeitgeber Gründe nachschieben will, die zum Zeitpunkt der Kündigung bereits gegeben waren, die er jedoch ohne sein Verschulden²⁾ nicht kannte³⁾.

2.2. Widerspruch des Betriebsrats

2.2.1. Allgemeine Bedeutung

§ 102 Abs.5 verlangt weiterhin, daß der Betriebsrat der ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widerspricht. Dieses Widerspruchsrecht hat der Gesetzgeber mit zwei wichtigen Rechtswirkungen versehen⁴⁾.

2.2.1.1. Erweiterung der Gründe, aus denen eine Kündigung für sozial ungerechtfertigt erklärt werden kann

Zunächst wird durch § 123 das Kündigungsschutzgesetz um weitere vier Fälle sozial ungerechtfertigter Kündigungen ergänzt⁵⁾.

Diese neu eingeführten Gründe sozial ungerecht-

- 1) Das Nachschieben von Kündigungsgründen wird generell für unzulässig gehalten von Etzel DB 1973,1020;Kaus DB 1974,2302 ff.(passim); Schwerdtner JZ 1973,379
- 2) Auf dieses Merkmal will Hanau BB 1972,453 Fn.19 abstellen.
- 3) In diesem Sinne LAG Hamm DB 1974,1344;Dietz/Richardi § 102 Rdnrn.55 f.;Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.9;Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.5;Güntner AuR 1974,137;Hanau a.a.O. S.453;Hueck/Hueck KSchG Einl.S.29;a.A.Brede BlStSozArbR 1973,18;Meisel DB 1972,1628;ders. Mitbest.S.151;Schaub BR S.242;Stahlhacke BlStSozArbR 1974,297;Brill AuR 1975,18
- 4) Allgemein dazu Hanau/Adomeit S.192
- 5) Ob damit auch der Kündigungsschutz erweitert worden ist, muß im folgenden noch untersucht werden.

fertigter Kündigungen sind mit den in § 102 Abs.3 Ziff.2-5 niedergelegten Fallgruppen identisch, die dem Betriebsrat das Recht verleihen, der ordentlichen Kündigung zu widersprechen. § 102 Abs.3 Ziff.1 beinhaltet außerdem eine Widerspruchsmöglichkeit für Fälle unterlassener oder nicht ausreichender Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers. Diese Regelung stimmt mit der Klausel in § 1 Abs.3 1.Halbsatz KSchG überein. Durch § 114 des am 1.4. 1974 in Kraft getretenen Bundespersonalvertretungsgesetzes wurde lediglich der Wortlaut des § 1 Abs.2 KSchG geändert. Das zwischen BetrVG und Kündigungsschutzgesetz bestehende Junktim¹⁾ wird im Rahmen der genannten Regelungen besonders deutlich.

2.2.1.2. Widerspruch des Betriebsrats als Voraussetzung für das Entstehen des Weiterbeschäftigungsanspruchs

Die zweite Rechtswirkung eines vom Betriebsrat eingelegten Widerspruchs äußert sich in einem begrenzten Suspensiveffekt²⁾. Der Gesetzeswortlaut des § 102 Abs.5 erklärt nämlich den Widerspruch des Betriebsrats - neben anderen noch näher zu behandelnden Prämissen - zur Voraussetzung³⁾ dafür, daß ein Weiterbeschäftigungsanspruch entsteht, auf Grund dessen der Arbeitgeber verpflichtet wird, den Arbeitnehmer bis zum rechtskräftigen

- 1) BT-Drucks.VI/zu 2729 S.7;Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.3;Galperin Leitfaden S.129 f.
- 2) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.72;Hanau/Adomeit S.192
- 3) Ob es wirklich gerechtfertigt ist, den Widerspruch des Betriebsrats als eine *conditio sine qua non* für die Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs aufzufassen, wird im weiteren Verlauf der Arbeit noch näher untersucht.An dieser Stelle sei bereits der Hinweis gestattet,daß es der gesetzgeberischen Intention wohl eher gerecht wird,wenn man Ausnahmen vom starren Wortlaut des Gesetzes zugunsten einer Verstärkung des individuellen Kündigungsschutzes zulassen würde.

Abschluß des Kündigungsschutzverfahrens weiterzu-
beschäftigen¹⁾.

2.2.2. Ordnungsgemäßer Widerspruch

Um derartige Rechtswirkungen zu zeitigen, muß der
Widerspruch des Betriebsrats ordnungsgemäß²⁾ er-
folgen.

2.2.2.1. Darstellung der Fallgruppen, § 102 Abs.3 Ziff.1-5

Das setzt zunächst voraus, daß der Betriebsrat
seinen Widerspruch auf einen der in § 102 Abs.3
Ziff.1-5 abschließend³⁾ aufgeführten Gründe stützt.
Während durch die Ziff.1 des Abs.3 der in § 1 Abs.3
1.Halbsatz KSchG enthaltene Gedanke fehlender oder
ungenügender Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeit-
nehmers aufgegriffen wird, sind die in Ziff.2-5
niedergelegten Widerspruchsgründe neu eingeführt.
Damit wird dem Betriebsrat nicht nur ein Wider-
spruchsrecht bei einem Verstoß gegen eine Richt-
linie nach § 95 eingeräumt (Ziff.2), sondern auch,
wenn unter gewissen Voraussetzungen die Möglich-
keit besteht, den zu kündigenden Arbeitnehmer wei-
terzubeschäftigen (Ziff.3-5). Dem schriftlichen
Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialord-
nung zufolge, handelt es sich bei den Widerspruchs-
gründen "in erster Linie um Gesichtspunkte, die

- 1) Die Regelung wird von Adomeit DB 1971,2363 als
sensationell bezeichnet.
- 2) Der ordnungsgemäße Widerspruch nach § 102 Abs.3
ist von dem unbegründeten Widerspruch i.S.des
§ 102 Abs.5 Satz 2 Nr.3 zu unterscheiden,vgl.
LAG Berlin BB 1974,1024;LAG Düsseldorf DB 1974,
2113;letzeres mit ausführlicher Begründung.
- 3) BT-Drucks.VI/zu 2729 S.7;LAG Berlin a.a.O.;
LAG Frankfurt DB 1973,1806;Brecht § 102 Anm.6;
Frauenkron § 102 Anm.12;Stahlhacke KSchG
Rdnr.143

wegen ihres kollektiven Einschlags vom Betriebsrat wegen der größeren Sachkenntnis und des vollständigeren Überblicks über die betrieblichen Verhältnisse und Möglichkeiten besser geltend gemacht werden können als von einzelnen Arbeitnehmern "1). Damit wird der Erfahrungstatsache Rechnung getragen, daß die Rechte von Einzelpersonen am wirkungsvollsten dadurch erkämpft bzw. verteidigt werden können, wenn sie durch ein "kollektives Vertretungsorgan" repräsentiert werden, welches dem Arbeitgeber in etwa gleichberechtigt entgegentreten kann"2).

2.2.2.1.1. Fehlende oder unzureichende Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers

Wie bereits erwähnt, wurde der in § 102 Abs.3 Ziff.1 niedergelegte Widerspruch Grund der fehlenden oder unzureichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers der in § 1 Abs.3 KSchG enthaltenen Regelung nachgebildet.

Der Einführung dieser Bestimmung lag die Erwägung zugrunde, daß der Betriebsrat häufig besser als der einzelne Arbeitnehmer in der Lage sei, die vom Arbeitgeber getroffene soziale Auswahl zu überprüfen³⁾. Daß der Arbeitgeber Überlegungen hinsichtlich der Sozialauswahl bereits bei der Begründung seiner Kündigungserklärung anzustellen

1) BT-Drucks.VI/ zu 2729 S.7

2) MdB-SPD Farthmann in der 150.Sitzung der 6.Legislaturperiode des Deutschen Bundestages am 10.11.1971

3) Brecht § 102 Anm.8; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.15

len hat, rechtfertigt nicht den Einwand, es sei überflüssig, diese Fallgruppe sozial ungerechtfertigter Kündigungen in die in § 102 Abs.3 Ziff.1-5 niedergelegten Widerspruchsgründe aufzunehmen. Vielmehr ist der Gesichtspunkt der fehlenden oder unzureichenden sozialen Auswahl auf Grund der Neuregelung nun nicht mehr allein im Rahmen der Kündigungsschutzklage von Bedeutung, sondern er äußert jetzt auch Folgewirkungen für den Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers gem. § 102 Abs.5¹⁾.

Die soziale Auswahl hat grundsätzlich unter allen vergleichbaren Arbeitnehmern des betreffenden Betriebes zu erfolgen²⁾. Die ordnungsgemäße Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte setzt weiter voraus, daß der Arbeitgeber die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers und die Belange des Betriebes gegeneinander abwägt³⁾.

Eine derartige Abwägung verfolgt den Zweck, diejenigen Arbeitnehmer ausfindig zu machen, die von der Kündigung am wenigsten hart betroffen werden⁴⁾. In diesem Zusammenhang sind in erster Linie von Bedeutung das Lebensalter des Gekündigten, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, der Familienstand, sowie die sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse⁵⁾.

Auf der anderen Seite sind für den Arbeitgeber

- 1) Meisel Mitbest.S.171; Stege/Weinspach S.356; vgl.auch Dietz/Richardi § 102 Rdnr.118; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.28
- 2) LAG Frankfurt AR Nr.45 und 46 zu § 1 KSchG m.krit.Anm.Herschel; Monjau RdA 1959,8; einschränkend auf "in Nachbarschaft" arbeitende Arbeitnehmer Müller DB 1956,965 f.
- 3) Maus KSchG § 1 Rdnr.245
- 4) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.30; Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnrn.115 ff.; Meisel DB 1972, 1675
- 5) LAG Freiburg AP Nr.16 zu § 1 KSchG; Wünnenberg DB 1956,646

vor allem Leistungsgesichtspunkte entscheidend. Dabei kommt es zunächst auf die am jeweiligen Arbeitsplatz bewiesenen Fähigkeiten an¹⁾. Aber auch sonstige Erfahrungen und Kenntnisse, z.B. persönliche Kontakte zu Geschäftspartnern, sowie für den Betrieb verwertbare Verbesserungsvorschläge erlangen bei dieser Abwägung Gewicht²⁾. Vom Arbeitgeber berücksichtigt werden kann auch die Tatsache, daß der Arbeitnehmer von sich aus Vorbereitungen für die Lösung des Arbeitsverhältnisses trifft oder getroffen hat³⁾. Für den Beweis der in Frage stehenden Gesichtspunkte gelten die im Kündigungsschutzprozeß üblichen Beweislastregeln^{4) 5)}. Zugunsten der Position des Arbeitnehmers hat die Neuregelung des BetrVG in sofern eine beachtliche Verbesserung gebracht, als § 102 Abs.1 Satz 2 vorsieht, daß der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen hat. Diese Klausel ist so zu verstehen, daß der Arbeitgeber darzulegen hat, warum die soziale Auswahl so und nicht anders ausgefallen ist⁶⁾.

2.2.2.1.2. Verstoß gegen eine Richtlinie nach § 95

Der Betriebsrat besitzt auch dann ein Widerspruchsrecht, wenn die in Frage stehende Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 verstößt. Diese Vorschrift verlangt für Richt-

1) LAG Hamm AP 53 Nr.138 S.18 ff.(21); Monjau RdA 1959,8; ders.BB 1967,1381

2) Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr.117; Meisel Mitbest.S.172 ff.

3) LAG Freiburg AP Nr.16 zu § 1 KSchG m.inso- weit zust.Anm. Auffarth

4) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.40

5) Vgl.dazu S.31 der Untersuchung

6) Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.

linien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen die Zustimmung des Betriebsrats. Abs.2 der Regelung gewährt der Arbeitnehmervertretung sogar ein Initiativrecht¹⁾, wenn es sich um einen Betrieb mit mehr als 1000 Beschäftigten handelt. Mit der Beteiligung des Betriebsrates bei der Aufstellung solcher Richtlinien sollen nach der Intention des Gesetzgebers personelle Entscheidungen durchschaubarer gemacht werden²⁾. Speziell die Aufstellung von Richtlinien bei Kündigungen³⁾ - allein diese sind für die vorliegende Untersuchung von Interesse - ist vor allem deshalb problematisch, weil insbesondere die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nie losgelöst von der konkreten Situation des einzelnen Arbeitnehmers gesehen werden kann und es demgemäß schwierig ist, generelle Anhaltspunkte festzusetzen⁴⁾.

Allgemein können aber als Richtlinien i.S.des § 95 nur solche Grundsätze angesehen werden, die schriftlich niedergelegt sind und eine gewisse Richtschnur in der Weise bieten, daß nur dann, wenn besonders zwingende Umstände vorliegen, von ihnen abgewichen werden darf⁵⁾.

Da die Auswahlrichtlinien den Rechtscharakter einer Betriebsvereinbarung besitzen⁶⁾, ist bei

1) Verfassungsrechtliche Bedenken dagegen äußern Galperin DB 1971,1307;ders.Regierungsentwurf S.38;Obermayer DB 1971,1723; ebenfalls kritisch Erdmann BlStSozArbR 1971,245;Richardi DB 1971,630;positiv Hanau BB 1971,489

2) BT-Drucks.VI/1786 S.32;Auffarth AuR 1972,39

3) Vgl.dazu Philipp BB 1972,219 und den Musterentwurf bei Halberstadt/Zander Rdnrn.1102 ff.

4) Erdmann/Jürging/Kammann § 95 Anm.20;Kraft GK-BetrVG § 95 Anm.18;vgl.auch Gumpert BB 1972,49

5) Meisel Mitbest. S.63

6) Fitting/Auffarth/Kaiser I § 95 Anm.2

ihrer Ausarbeitung allerdings die Regelungsschranke des § 77 Abs.3 zu beachten¹⁾.

Das Gesetz trifft keine Aussage darüber, was unter Richtlinien über die personelle Auswahl verstanden werden muß. Diejenigen Richtlinien, die der Betriebsrat erzwingen kann, können sich inhaltlich darauf erstrecken, daß fachliche und persönliche Voraussetzungen, sowie soziale Gesichtspunkte beachtet werden, § 95 Abs.2 Satz 1²⁾.

2.2.2.1.3. Zum Widerspruchsrecht des Betriebsrats, wenn Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den gekündigten Arbeitnehmer bestehen

2.2.2.1.3.1. Allgemeines

Die Ziff.3-5 des § 102 Abs.3 gewähren dem Betriebsrat ein Widerspruchsrecht schließlich auch dann, wenn die Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers besteht³⁾.

Schon vor der Einführung dieser Regelung wurde von der h.M. ein dringendes betriebliches Erfordernis i.S. des § 1 Abs.2 KSchG a.F. verneint, wenn sich dem Arbeitgeber die Gelegenheit bot, den Arbeitnehmer auf einen anderen Arbeitsplatz des Betriebes zu versetzen und damit die Kündigung abzuwenden⁴⁾. Im Falle des § 102 Abs.3 Ziff.3 müssen nunmehr sogar Beschäftigungsmöglichkeiten im gesamten Unternehmen geprüft werden, wenn die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt sein soll. Durch § 123 ist das KSchG insoweit

1) Halberstadt/Zander Rdnr.529

2) Vgl.dazu Brecht § 95 Anm.3

3) Zum Verhältnis der Ziff.3-5 untereinander vgl.einerseits Stege/Weinspach S.363 (Ziff.5 als Generalklausel) und andererseits Dietz/Richardi § 102 Rdnr.89 (Ziff.4 und 5 als Ergänzung von Ziff.3)

4) BAG AP Nr.18 u.19 zu § 1 KSchG; Hanau BB 1972, 454; Herschel/Steinmann KSchG § 1 Anm.17; Kitzelmann BUV 1972, 215; ders.AuR 1973, 303

ausgebaut worden. Bei sämtlichen Fallgruppen des § 102 Abs.3 Ziff.3-5 ist es eine selbstverständliche Voraussetzung, daß anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, d.h. es muß tatsächlich ein Arbeitsplatz frei sein¹⁾.

Um eine sachgerechte Differenzierung zwischen den drei verschiedenen Fällen der Weiterbeschäftigung durchführen zu können, kommen im Rahmen der Ziff.3 nur solche Arbeitsplätze in Betracht, die weder Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen erfordern, noch veränderte Vertragsbedingungen voraussetzen²⁾.

Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer in jedem der in § 102 Abs.3 Ziff.3-5 aufgeführten Fälle mit der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit einverstanden sein muß. Ausdrücklich wird eine derartige Forderung nur in der Ziff.5 aufgestellt. Die Einverständniserklärung im Rahmen der letztgenannten Fallgestaltung ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil mit einer Weiterbeschäftigung unter veränderten Vertragsbedingungen in den meisten Fällen eine Verschlechterung für die Position des Arbeitnehmers verbunden sein wird³⁾. Derartige nachteilige Folgen für den Arbeitnehmer können hinsichtlich der in den Ziff.3 und 4 vorgesehenen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht unterstellt werden. Trotzdem fordert eine verbreitete Meinung im Schrifttum, daß auch in diesen Fällen der Arbeitnehmer mit der ihm unterbreiteten Wei-

1) Meisel Mitbest. S.177;Stahlhacke KSchG Rdnr.145

2) Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.17;Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.30 und 32

3) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.47;Fitting/Auffarth/Kaiser I a.a.O.;Gumpert BB 1972,50; Meisel a.a.O. S.175 m.w.Nachw.

terbeschäftigungsmöglichkeit einverstanden sein muß¹⁾. Dem ist zuzustimmen.

Zwar ergibt sich daraus die Konsequenz, daß insbesondere die Unterscheidung zwischen Ziff.3 und Ziff.5 fast völlig verwischt wird²⁾. Diesem formalen Einwand muß jedoch entgegengehalten werden, daß es sinnlos ist, einem Arbeitnehmer gegen dessen Willen einen Arbeitsplatz zuzuweisen, da für ihn die Möglichkeit besteht, seinerseits zu kündigen, wenn er mit seiner neuen Wirkungsstätte nicht einverstanden ist³⁾. Deshalb ist der Widerspruch des Betriebsrats bei fehlendem Einverständnis des Arbeitnehmers als für den Arbeitgeber unbeachtlich anzusehen⁴⁾.

2.2.2.1.3.2. Besonderheiten bei den einzelnen Widerspruchsgründen der Ziff.3-5

2.2.2.1.3.2.1. § 102 Abs.3 Ziff.3

Da § 102 Abs.3 Ziff.3 die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens ermöglichen will, ist es notwendig, die Begriffe des "Betriebes" und des "Unternehmens" zu definieren. Eine gesetzliche Begriffsbestimmung gibt es nicht. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft haben jedoch einige Wesensmerkmale herausgearbeitet. Danach ist der Betrieb eine Gemeinschaft zwischen

1) Brede B1StSozArbR 1973,19;Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.47 und 50;Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.32 f.;Meisel DB 1972,1676;Schaub BR S.248;Stahlhacke B1StSozArbR 1972,58; Stege/Weinspach S.361 und 363;ebenso für Ziff.4 Brecht § 102 Anm.8;a.A.Dietz/Richardi § 102 Rdnr.89

2) Kraft a.a.O. Anm.32

3) So zu Recht Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.47;Meisel Mitbest.S.178

4) Sehr str.!So wie hier Stege/Weinspach S.361

Arbeitnehmern und Arbeitgeber, die mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Mitteln innerhalb einer organisatorischen Einheit einen bestimmten, einheitlich arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt¹⁾. Demgegenüber wird das Unternehmen durch die des hinter dem technischen Zweck des Betriebes liegenden Zweckes und die Einheit der dieser Zweckerreichung dienenden Organisation gekennzeichnet. Dabei handelt es sich zumeist um einen wirtschaftlichen Zweck²⁾. Es kommt in erster Linie darauf an, ob das Unternehmen eine einheitliche und selbständige Organisation aufweist³⁾.

2.2.2.1.3.2.2. § 102 Abs.3 Nr.4

Ein weiterer Widerspruchsgrund für den Betriebsrat ergibt sich, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist.

Da die in der Ziff.3 vorgenommene Differenzierung nach "Betrieb" und "Unternehmen" im Rahmen der Ziff.4 unterblieben ist, sind Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nur im Betrieb und nicht auch in anderen Betrieben des Unternehmens zu prüfen⁴⁾.

Selbstverständlich sind Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen nur dann sinnvoll, wenn die

1) Hanau/Adomeit S.92; Huber II S.474; Hueck/Nipperdey I S.93; Nikisch I S.150 f.

2) Huber a.a.O. S.471; Hueck/Nipperdey a.a.O. S.97; BAG AP Nr.1 zu § 88 BetrVG 1952

3) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.46; Meisel Mitbest. S.179

4) Meisel a.a.O. S.180; a.A. offenbar Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.33, der prüfen will, ob andere Arbeitsplätze im Unternehmensbereich verfügbar sind; vgl. auch Gumpert BB 1972, 50

Gewähr besteht, daß der Arbeitnehmer nach deren Abschluß im Betrieb verbleiben kann und will¹⁾. Der Widerspruch des Betriebsrats soll keine Maßnahmen ermöglichen, die dem Arbeitnehmer lediglich die Suche nach einer neuen Arbeitsstelle erleichtern²⁾. Weiterhin ist erforderlich, daß die Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber zumutbar sind. Auf Seiten des Arbeitgebers ist in diesem Zusammenhang vor allem die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betriebes von Bedeutung³⁾. Außerdem muß für den Arbeitgeber erkennbar sein, daß die Umschulung oder Fortbildung ein hohes Maß an Erfolgsaussicht verspricht⁴⁾. Auf Seiten des Arbeitnehmers werden als Kriterien für die Zumutbarkeit eine gewisse körperliche und geistige Beweglichkeit vorausgesetzt, die sich unter anderem nach dem Ausbildungsstand richtet, sowie eine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit⁵⁾, wobei auch das Lebensalter in der Weise zu berücksichtigen ist, daß langjährig beschäftigte ältere Arbeitnehmer mit mehr Entgegenkommen seitens der Geschäftsleitung rechnen können, als es bei jüngeren Belegschaftsmitgliedern der Fall sein wird⁶⁾.

1) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.50; Meisel DB 1972,1676

2) Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.;Meisel Mitbest.S.180 f.

3) Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.Anm.49; Stege/Weinspach S.362;vgl.auch Schaub BR S.248

4) Meisel DB 1972,1676;Stege/Weinspach a.a.O.

5) Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.Anm.49

6) Meisel Mitbest. S.180

2.2.2.1.3.2.3. § 102 Abs.3 Ziff.5

Schließlich ist im Rahmen der Widerspruchsgründe noch zu prüfen, ob die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer unter geänderten Vertragsbedingungen weiterzubeschäftigen. Die Ziff.5 des § 102 Abs.3 stellt somit die letzte Möglichkeit dar, das Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten¹⁾. In diesem Falle wird vom Gesetz allerdings die ausdrückliche Einverständniserklärung des Arbeitnehmers verlangt. Fehlt dieses Einverständnis, so ist der Betriebsrat weder berechtigt, Widerspruch einzulegen, noch kann insoweit geltend gemacht werden, daß die Kündigung gemäß § 1 Abs.2 Satz 3 KSchG sozial ungerechtfertigt ist²⁾. Der Arbeitgeber hat in diesem Fall die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis zu kündigen oder eine Änderungskündigung i.S. des § 2 KSchG auszusprechen³⁾. Es ist nicht erforderlich, daß der Arbeitnehmer sein Einverständnis unbedingt erklärt⁴⁾, sondern er kann es auch unter dem Vorbehalt abgeben, daß die Vertragsänderungen bei der gerichtlichen Nachprüfung als sozial gerechtfertigt angesehen werden⁵⁾. Wegen der Vielgestaltigkeit möglicher Vertragsänderungen ist eine erschöpfende Auseinandersetzung mit etwaigen Fallgestaltungen kaum durchführbar, aber auch nicht erforderlich. Allgemein kann gesagt werden, daß eine Vertragsänderung in erster Linie dann Probleme aufwirft,

1) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.51

2) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.93;Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O. Anm.52;Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr.148;Stege/Weinspach S.364

3) Schaub BR S.248;Stege/Weinspach a.a.O.

4) So aber Adomeit DB 1971,2363;Meisel Mitbest. S.181;Stahlhacke BLStSozArbR 1972,58

5) Dietz/Richardi a.a.O.;Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.19

wenn durch sie die Position des Arbeitnehmers verschlechtert wird. Beispielhaft seien hier aufgezählt Lohn- oder Gehaltskürzungen, Wegfall von Prämien und Gratifikationen, Veränderungen bei der Schichtarbeit, aber auch Rückstufungen im Rahmen der betrieblichen Hierarchie ohne Beeinträchtigung der materiellen Arbeitsbedingungen¹⁾.

2.2.2.2. Das Verhältnis der Widerspruchsgründe zu den allgemeinen Kündigungsgründen

Bedeutsam für den Umfang des Kündigungsschutzes ist das Verhältnis der Widerspruchsgründe zu den allgemeinen Kündigungsgründen. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob die Widerspruchsgründe nahezu ausschließlich auf Fälle betriebsbedingter Kündigungen zugeschnitten sind²⁾, oder ob auch personen- oder verhaltensbedingten Kündigungen auf diese Weise vom Betriebsrat begegnet werden kann^{3) 4)}. Die Bedeutung dieser Problematik wird dadurch noch unterstrichen, daß sich bei einer Beschränkung des Widerspruchsrechtes auf Fälle betriebsbedingter Kündigungen unter Umständen Auswirkungen auf die Ziff.3 des § 102 Abs.5 Satz 2 ergeben könnten. Leugnete man nämlich bei personen- und verhaltens-

1) Vgl. die Beispiele von Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.54 und Stege/Weinspach S.363

2) In diesem Sinne LAG Berlin BB 1974,1024; ArbG Siegburg EzA § 102 Nr.3; Adomeit DB 1971, 2363; Blank BB 1972,536; Böhm BB 1974,1643; Brede BlStSozArbR 1973,18; Dietz/Richardi § 102 Rdnr.112; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.11; Galperin Leitfaden S.128; Hromadka BetrVG S.34; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.28 und 30; Meisel DB 1972,1675; Richardi ZfA-Sonderheft 1972,30; Schaub BR S.247; Schlochauer RdA 1973,158

3) So vor allem ArbG Ludwigshafen BB 1972,446; Hoechst AuR 1973,331 f.; Gumpert BB 1972,51

4) Differenzierend: Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974,294; Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O. Anm.28; Stahlhacke KSchG Rdnr.145; Stege/Weinspach S.357,360,362

bedingten Kündigungen ein Recht des Betriebsrats zum Widerspruch, so hätte das die Konsequenz, daß diejenigen Fälle, in denen der Arbeitgeber gegen die ihm auferlegte Weiterbeschäftigungspflicht eine einstweilige Verfügung wegen offensichtlicher Unbegründetheit des Widerspruchs¹⁾ beantragen kann, in nicht unerheblichem Maße ausgeweitet würden²⁾. Die damit verbundene Überdehnung dieser Vorschrift würde jedoch den ihr zukommenden Charakter einer Ausnahmeregelung³⁾ beeinträchtigen.

Aus dem Wortlaut des § 102 Abs.3 läßt sich eine Beschränkung des Widerspruchsrechts auf Fälle betriebsbedingter Kündigungen nicht ableiten. Nach dem Gesetzeswortlaut soll es vielmehr g e n e r e l l bei ordentlichen Kündigungen bestehen. Eine Rechtfertigung für eine Beschränkung des Widerspruchsrechts i.S.der überwiegenden Meinung kann somit allenfalls aus dem Charakter der allgemeinen Kündigungsgründe hergeleitet werden. Sie sollen deshalb im folgenden näher untersucht werden.

- 1) Das LAG Berlin BB 1974,1024 nimmt in derartigen Fällen sogar einen unzulässigen Widerspruch an, der weder eine Weiterbeschäftigungspflicht auslöst, noch das Recht, eine einstweilige Verfügung zu beantragen.
- 2) Diese weitreichenden Konsequenzen hat bislang soweit ersichtlich - nur Hoechst AuR 1973,331 erkannt.
- 3) ArbG Berlin DB 1973,192; ArbG Hannover AuR 1972, 381; Brecht § 102 Anm.11 d; DGB-Kommentar Die Quelle 1972,121; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.24; Gumpert BB 1972,50; Kitzelmann BUV 1972,219; auf die Gefahr der Aushöhlung des Weiterbeschäftigungsanspruchs durch das dem Arbeitgeber zugestandene Recht, eine einstweilige Verfügung zu beantragen, machte auch MdB-FDP Hansheinrich Schmidt während der 101. Sitzung der 6.Wahlperiode des Deutschen Bundestages aufmerksam. Vgl. die stenographischen Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Bundestages 6.Wahlperiode Bd.75 S.5828

2.2.2.2.1. Betriebsbedingte Kündigung

Eine Kündigung ist betriebsbedingt, wenn die Verhältnisse im Betrieb der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen¹⁾. Nach dem Wortlaut des § 1 Abs.2 Satz 1 KSchG muß es sich um dringende betriebliche Erfordernisse handeln. Dieser generalklauselartige Begriff wird vom Gesetzgeber nicht näher erläutert²⁾. Die gesetzliche Formulierung macht aber deutlich, daß eine derartige Sachlage nur dann gegeben ist, wenn die Interessen des Betriebes nicht anders als durch eine Kündigung gewahrt werden können³⁾. Dabei sind verschiedenartige Fallgestaltungen denkbar⁴⁾. In erster Linie sind wirtschaftliche Erwägungen von Bedeutung. In Betracht kommen Absatzschwierigkeiten, Auftragsrückgang, Rohstoff- oder Energiemangel, Betriebsumstellungen und andere Faktoren⁵⁾. Im Bereich des öffentlichen Dienstes liegt ein dringendes betriebliches Erfordernis vor, wenn bislang mit Angestellten besetzte Arbeitsplätze auf Grund einer Etatumstellung in Beamtenstellen verwandelt werden und deshalb die betroffenen Angestellten nicht weiterbeschäftigt werden können⁶⁾. Wird eine solchermaßen betriebsbedingte Kündigung vom Arbeitgeber ausgesprochen,

1) Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnrn.102 f.

2) Gleiches gilt für die noch näher darzustellenden Begriffe der verhaltens- und der personenbedingten Kündigung.

3) Hueck/Hueck a.a.O. Rdnr.103

4) Vgl.aus der reichhaltigen Literatur: Heimeier DB 1955,117;Herschel NWB 1972, Fach 26 S.562

5) Vgl.die Beispiele bei Hueck/Hueck a.a.O. Rdnrn.104 ff.

6) LAG Düsseldorf DB 1955,1120

so besteht unstreitig¹⁾ für den Betriebsrat ein Widerspruchsrecht, wenn er seinen Widerspruch auf einen der in § 102 Abs.3 Ziff.1-5 erwähnten Gründe stützt.

2.2.2.2. Personenbedingte Kündigung

Wesentlich breiter ist das Meinungsspektrum in der Frage, ob dem Betriebsrat auch bei personenbedingten Kündigungen ein Widerspruchsrecht zusteht. Zunächst soll auch die personenbedingte Kündigung kurz charakterisiert werden. Als Umstände, die eine derartige Kündigung zu rechtfertigen vermögen, sind in erster Linie erwähnenswert mangelnde körperliche und geistige Eignung, die sich z.B. in physischer Schwäche bei starker körperlicher Beanspruchung, ungewöhnlich langen Anlernzeiten oder extremen Schwierigkeiten beim Erwerb notwendiger Kenntnisse manifestieren kann²⁾. Dagegen vermögen die vorübergehende Arbeitsunfähigkeit im Falle einer Erkrankung³⁾, die Überschreitung des 65.Lebensjahres außerhalb des öffentlichen Dienstes⁴⁾, sowie die Eheschließung einer Arbeitnehmerin⁵⁾ nicht ohne weiteres eine Kündigung zu rechtfertigen⁶⁾.

1) Stellvertretend für alle Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.28

2) Vgl.Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr.82

3) Herschel/Steinmann § 1 Anm.36; BAG AP Nr.1 zu § 1 KSchG (Krankheit)

4) BAG AP Nr.1 zu § 1 KSchG (Personenbedingte Kündigung); LAG Saarbrücken DB 1960,1280; Herschel/Steinmann a.a.O. Anm.37

5) BAG AP Nr.1 zu Art.6 I GG

6) Vgl.zum Ganzen Herschel/Steinmann a.a.O. Anm.34 ff.; Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnrn.83 ff.

Die wohl überwiegende Meinung lehnt bei personenbedingten Kündigungen eine Widerspruchsbefugnis des Betriebsrats grundsätzlich ab¹⁾. Allenfalls für die Ziff. 3-5, insbesondere im Rahmen der Ziff.5, werden Abweichungen von dieser Auffassung sichtbar²⁾. Erwähnt wurde bereits, daß diese Einschränkung der Widerspruchsgründe im Gesetzeswortlaut keine Stütze findet. § 102 Abs.3 Satz 1 gewährt vielmehr dem Betriebsrat bei ordentlichen Kündigungen ein Widerspruchsrecht ohne ausdrückliche Vorbehalte. Auch die Gesetzesmaterialien bieten für eine derartige restriktive Auslegung keinerlei Anhaltspunkte³⁾. In der Begründung zum Entwurf der Bundesregierung für ein neues BetrVG heißt es nämlich, daß der Betriebsrat bei a l l e n ordentlichen Kündigungen das Recht haben soll, der Kündigung aus bestimmten näher umschriebenen Gründen zu widersprechen⁴⁾. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber ohne jede Schwierigkeit durch eine entsprechende terminologische Veränderung des § 102 Abs.3 die Widerspruchsgründe auf Fälle betriebsbedingter Kündigungen hätte beschränken können, wenn er eine dahingehende Absicht gehabt hätte⁵⁾. Eine derartige Einengung ist jedoch unterblieben. Schließlich erscheint auch eine teleologische Reduktion der Norm⁶⁾

1) ArbG Berlin BB 1974, 508; Adomeit DB 1971, 2363; Dietz/Richardi § 102 Rdnr.112; Hromadka BetrVG S.34; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm. 28 und 30; dem Sinne nach auch Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.11; das LAG Berlin BB 1974, 1024 bezeichnet einen solchen Widerspruch als unzulässig.

2) So insbesondere Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.28; Schlochauer RdA 1973, 158; vgl. auch Blank BB 1972, 536; Gumpert BB 1972, 50; Meisel Mitbest. S.176

3) Gegenteiliger Ansicht jedoch Heeser S.258

4) BT-Drucks.VI/1786 S.33

5) So zu Recht das ArbG Ludwigshafen BB 1972, 446

6) Grundlegend zu diesem Auslegungsbegriff Larenz Methodenlehre S.369

des § 102 Abs.3 insgesamt nicht zwingend geboten¹⁾. Diese Form der Ausfüllung von Gesetzeslücken setzt nämlich voraus, daß die im Gesetz enthaltene Regel entsprechend dem Gesetzeszweck und dem Sinnzusammenhang eine Einschränkung verlangt²⁾. Ein derartiger Sachverhalt kann jedoch nicht unterstellt werden.

Wenn sich z.B. ein Arbeitnehmer zur Erbringung der von ihm geforderten Arbeitsleistung als körperlich oder geistig nicht imstande erweist, so ist nämlich kein Grund ersichtlich, warum dieser Arbeitnehmer nicht an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb des Unternehmens oder in einem Nebenbetrieb weiterbeschäftigt werden könnte, § 102 Abs.3 Ziff.3. Voraussetzung ist allerdings, daß der Arbeitnehmer mit dieser Versetzung einverstanden ist und die begründete Aussicht, daß die geschilderten Schwierigkeiten an dem neuen Arbeitsplatz entfallen werden.

Insbesondere bei mangelnder geistiger Eignung kann die Notwendigkeit einer personenbedingten Kündigung auch durch zumutbare Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen entfallen, § 102 Abs.3 Ziff.4. Demnach kann bei einer derartigen Sachlage das Widerspruchsrecht des Betriebsrats gleichfalls nicht ohne weiteres verneint werden. Schließlich kann eine personenbedingte Kündigung unter Umständen dadurch vermieden werden, daß der Arbeitnehmer unter geänderten Vertragsbedingungen weiterbeschäftigt wird, § 102 Abs.3 Ziff.5. Also muß dem Betriebsrat auch hier unter gewissen Umständen ein Widerspruchsrecht zustehen³⁾.

1) LAG Rheinland-Pfalz vom 12.6.1972 - 4 Sa 107/72; Auffarth ArbRdGgnw 1972,77;Hoechst AuR 1973,332; a.A. ArbG Aalen EZA Nr.2 zu § 102;ArbG Saarbrücken EZA Nr.4 zu § 102 Abs.5;ArbG Siegburg EZA Nr.3 zu § 102

2) Larenz Methodenlehre S.369

3) Vgl. dazu die Fallgestaltungen bei Meisel Mitbest. S. 176 ff.

Allerdings verlangt § 102 Abs.3 Ziff.5 ausdrücklich, daß der Arbeitnehmer mit der Weiterbeschäftigung unter geänderten Vertragsbedingungen einverstanden sein muß. Ist das nicht der Fall, besteht für den Betriebsrat auch kein Widerspruchsrecht. Aus alldem wird deutlich, daß der h.M., die bei personenbedingten Kündigungen ein Widerspruchsrecht verneint, bezüglich der Ziff. 3-5 des § 102 Abs.3 nicht gefolgt werden kann¹⁾.

Aber auch bei der Aufstellung von Richtlinien für Kündigungen (§ 102 Abs.3 Ziff.2) ist ein Widerspruchsrecht des Betriebsrat im Falle einer personenbedingten Kündigung nicht völlig undenkbar²⁾.

Allerdings ist zuzugeben, daß die Zahl derjenigen, die in diesem Falle dem Betriebsrat ein Widerspruchsrecht zugestehen, erheblich geringer ist als bei den zuvor dargestellten Tatbeständen³⁾.

Es erscheint jedoch denkbar, Richtlinien für personenbedingte Kündigungen in der Weise aufzustellen, daß z.B. innerhalb einer Gruppe ausländischer Arbeitnehmer, die auf Grund von Sprachschwierigkeiten und daraus resultierenden Lernschwächen den an sie gestellten Anforderungen nicht genügen, derart bei der an sich möglichen personenbedingten Kündigung differenziert wird, daß diejenigen Arbeitnehmer bei Versetzungs-, Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen bevorzugt werden, die eine große Familie zu versorgen haben, hohe Miete zahlen müssen oder ein vorgerücktes Lebensalter aufweisen. Dieses Beispiel zeigt,

- 1) In diesem Sinne LAG Rheinland-Pfalz vom 12.6. 1972 4 Sa-107/72; ArbG Ludwigshafen BB 1972, 446; Auffarth ArbRdGgnw 1972, 77; Gumpert BB 1972, 50; Hoechst AuR 1973, 332; Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr. 41; Stahlhacke KSchG Rdnr. 145; Stege/Weinspach S. 360 und 362; zustimmend für besondere Fälle Meisel Mitbest. S. 176; differenzierend Brede B1StSozArbR 1973, 18; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm. 28
- 2) So Dietz/Richardi § 95 Rdnr. 41; vgl. auch Fitting/Auffarth/Kaiser I § 95 Anm. 3 und 7
- 3) Dagegen z.B. Blank BB 1972, 536; Brecht § 95 Anm. 2 Kraft GK-BetrVG § 95 Anm. 18

daß auch das Widerspruchsrecht nach § 102 Abs.3 Ziff.2 bei personenbedingten Kündigungen nicht absolut auszuschließen ist. Diese Art der Auslegung trägt dem Umstand Rechnung, daß es dem Gesetzgeber ersichtlich darauf ankam, sowohl die Rechtsstellung des Betriebsrats, als auch die Position des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber dem früheren Rechtszustand zu verbessern¹⁾. Das kommt nicht nur im Wortlaut des § 102 Abs.3, der keine Differenzierung hinsichtlich der allgemeinen Gründe für eine ordentliche Kündigung vornimmt, zum Ausdruck, sondern auch durch die Fassung des § 1 Abs.2 und 3 KSchG, der die Fälle sozialwidriger Kündigungen schlechthin definiert, ohne zwischen betriebs- und personenbedingten Kündigungen zu unterscheiden²⁾. Berücksichtigt man den bereits durch § 123 zum Ausdruck kommenden Zusammenhang zwischen BetrVG und KSchG³⁾, so erscheint eine restriktive Auslegung der Widerspruchsgründe nur für die Ziff.1 des § 102 Abs.3 zwingend geboten. Das mag folgendes Beispiel verdeutlichen: Angenommen, der Betriebsrat widerspricht einer personenbedingten Kündigung wegen unzureichender oder völlig unterbliebener Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers, so muß der Arbeitnehmer - soll eine Weiterbeschäftigungspflicht für den Arbeitgeber begründet werden - gem. § 102 Abs.5 Kündigungsschutzklage erheben. Wegen § 1 Abs.1 KSchG entscheidet sich das Arbeitsgericht nur dann für die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Unterstellt, die tatbestandlichen

1) So zu Recht BAG BB 1973,1636; LAG Rheinland-Pfalz vom 12.6.1972 4 Sa-107/72

2) Vgl. Hoechst AuR 1973,332

3) Vgl. dazu Kitzelmann AuR 1973,304

Voraussetzungen des § 1 Abs.2 und 3 KSchG griffen nicht ein, so kann die Kündigung nur bei fehlender oder unzureichender Sozialauswahl sozial unge-rechtfertigt sein. Der insoweit klare Wortlaut des § 1 Abs.3 KSchG verlangt eine Sozialauswahl jedoch nur bei betriebsbedingten Kündigungen. Daraus ergibt sich zwangsläufig, daß eine derartige Kündigungsschutzklage abgewiesen wird. Hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsanspruchs nach § 102 Abs.5 folgt daraus, daß der Arbeitgeber durch einstweilige Verfügung von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung entbunden wird, da die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, § 102 Abs.5 Satz 2 Nr.1. Außerdem wird man den Widerspruch des Betriebsrats als offensichtlich unbegründet ansehen müssen¹⁾, § 102 Abs.5 Satz 2 Nr.3. Dem Betriebsrat bei personenbedingten Kündigungen ein auf § 102 Abs.3 Ziff.1 gestütztes Recht zum Widerspruch gegen eine ordentliche Kündigung zuzugestehen, erscheint unter diesen Umständen nicht unbedenklich²⁾.

2.2.2.2.3. Verhaltensbedingte Kündigung

Bezüglich der Anwendbarkeit der Widerspruchsg-ründe auf Fälle verhaltensbedingter Kündigungen gelten die Ausführungen zur personenbedingten Kündigung mit der Maßgabe entsprechend, daß bei einer verhaltensbedingten Kündigung das Recht des Betriebsrats, Widerspruch einzulegen, noch weiter eingeschränkt werden muß³⁾.

1) ArbG Saarbrücken EzA Nr.4 zu § 102 Abs.5;
ArbG Siegburg EzA Nr.3 zu § 102

2) So vor allem Meisel Mitbest. S.171 m.w.Nachw.

3) In diesem Sinne Auffarth ArbRdGgnw 1972,77;
Dietz/Richardi § 102 Rdnr.112; Hueck/Hueck
KSchG § 1 Rdnr.141; Stahlhacke B1StSozArbR
1972,58; ders.KSchG Rdnr.145; generell ablehnend
z.B. Böhm BB 1974,1644

So ist es z.B. ohne weiteres möglich, daß Störungen des Betriebsfriedens auf Grund besonderer Konfliktsituationen am Arbeitsplatz (beispielsweise wiederholte Schlägereien zwischen zwei Arbeitnehmern wegen privater Unstimmigkeiten) dadurch behoben werden können, daß einer der Beteiligten an einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt wird, damit er mit seinem Kontrahenten nicht mehr in Berührung kommt. Andererseits sind aber auch Fälle verhaltensbedingter Kündigungen denkbar, die jede Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung sofort entfallen lassen (exemplarisch seien hier ernstzunehmende Erpressungsversuche gegenüber der Betriebsleitung genannt, oder der Fall, daß ein Arbeitnehmer mehrfach bei Diebstählen im Betrieb auf frischer Tat betroffen wird).

Um eine sinnvolle Unterscheidung derjenigen Fälle verhaltensbedingter Kündigungen, bei denen dem Betriebsrat ein Widerspruchsrecht zusteht, von denjenigen durchführen zu können, bei deren Vorliegen ein derartiges Recht entfällt, empfiehlt es sich, ein zusätzliches Erfordernis dergestalt aufzustellen, daß durch die Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz (§ 102 Abs.3 Ziff.3), nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen (Ziff.4) bzw. unter geänderten Vertragsbedingungen (Ziff.5) der Kündigungsgrund mit großer Wahrscheinlichkeit entfallen muß¹⁾.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß der Betriebsrat grundsätzlich bei allen Arten ordentlicher Kündigungen ein Widerspruchsrecht gem. § 102 Abs.3 Ziff.2-5 besitzt. Dieser Grundsatz trägt der Tatsache Rechnung, daß die Fälle der Entbindung von der Weiterbeschäftigungsverpflichtung nach der gesetzgeberischen

1) So das LAG Rheinland-Pfalz vom 12.6.1972

Intention auf Extremfälle beschränkt werden sollte¹⁾. Insbesondere der Anwendungsbereich des § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1, unter Umständen aber auch der des § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.3 würde in einem unerträglichen Maße ausgedehnt, wenn man die für den Widerspruch des Betriebsrats einschlägigen Fälle ordentlicher Kündigungen auf solche, die betriebsbedingt sind, beschränken würde. Lediglich der Gesichtspunkt fehlender oder unzureichender sozialer Auswahl kann vom Betriebsrat wegen des Aufbaus des § 1 Abs.2 und 3 KSchG nur bei betriebsbedingten Kündigungen im Wege des Widerspruchs geltend gemacht werden²⁾.

2.2.2.3. Formelle Anforderungen für die Einlegung des Widerspruchs

Zwar erhebt § 102 Abs.5 den ordnungsgemäßen Widerspruch zu einer tatbestandlichen Voraussetzung; die Vorschrift legt jedoch nicht fest, wie der Widerspruch aussehen muß, damit er als "ordnungsgemäß" bezeichnet werden kann.

2.2.2.3.1. Schriftform

In diesem Zusammenhang ist die Frage von Bedeutung, ob der Betriebsrat bei der Einlegung des Widerspruchs die Schriftform einzuhalten hat, oder ob er den Anforderungen des § 102 Abs.5 bereits dann genügt, wenn er lediglich mündlich widerspricht. Eine gesetzliche Antwort auf diese Frage findet man weder in Abs.3 noch in Abs.5 des § 102.

1) So insbesondere Gumpert BB 1972,50; vgl. auch DGB-Kommentar Die Quelle 1972,121; Fuchs AuR 1973,175; Kitzelmann BUV 1972,219

2) Vgl. dazu oben S.54 f.

Anhaltspunkte dafür, daß der Betriebsrat nur bei Einhaltung der Schriftform "ordnungsgemäß" widersprochen hat, ergeben sich jedoch sowohl aus § 102 Abs.2, als auch aus § 1 Abs.2 KSchG. Während § 102 Abs.2 dem Betriebsrat für die Mitteilung von Bedenken gegen außerordentliche und ordentliche Kündigungen die Beachtung der Schriftform vorschreibt, wird die durch § 123 erfolgte Erweiterung des § 1 Abs.2 KSchG von der Voraussetzung abhängig gemacht¹⁾, daß der Betriebsrat oder eine andere zuständige Vertretung der Kündigung schriftlich widersprochen hat. Beide Vorschriften sind ein starkes Indiz dafür, daß der Widerspruch des Betriebsrats auch im Rahmen des § 102 Abs.5 schriftlich erfolgen muß. Was nämlich für die Geltendmachung von Bedenken gilt, muß erst recht für das weitreichendere Mitbestimmungsrecht des Widerspruchs verlangt werden. Schließlich muß der Arbeitgeber gem. § 102 Abs.4 dem Arbeitnehmer eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuleiten, wenn er kündigt und der Betriebsrat nach Abs.3 der Kündigung widersprochen hat. Das Verfahren nach Abs.4 ist aber logischerweise nur durchführbar, wenn die dort geforderte Stellungnahme des Betriebsrats schriftlich erfolgt ist. Man wird deshalb davon ausgehen können, daß ein ordnungsgemäßer Widerspruch nur dann vorliegt, wenn er schriftlich eingereicht wird²⁾.

1) Ob der Widerspruch des Betriebsrats wirklich eine konstitutive Voraussetzung für einen erweiterten Kündigungsschutz darstellt, ist äußerst problematisch und wird im weiteren Verlauf der Arbeit noch untersucht werden.

2) So die ganz h.M. ArbG Bochum DB 1974,730; Auffarth ArbRdGgnw 1972,76;Becker-Schaffner BLStSozArbR 1974,290;Galperin Leitfaden S.128;Meisel Mitbest. S.165 f.;Raatz DB 1972, Beilage zu Heft 1 S.12;für eine Lockerung Adomeit DB 1971,2362;Göttling/Hoentges/Zepp RdA 1972,284

2.2.2.3.2. Begründungspflicht

Ebenfalls in den Bereich der Ordnungsgemäßheit des Widerspruchs gehört die Frage, ob für den Betriebsrat die Pflicht zur Begründung des Widerspruchs besteht. Unter dem Begriff der Begründungspflicht sind in diesem Zusammenhang zwei Teilaspekte zu sehen. Zunächst stellt sich das Problem, ob das Schreiben des Betriebsrats die Worte "Widerspruch" oder "widersprechen" enthalten muß.

Es ist zuzugeben, daß eine klare Terminologie sicherlich dazu beiträgt, die Auseinandersetzung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu erleichtern¹⁾. Diese wünschenswerte Perspektive darf jedoch nicht dazu führen, den Widerspruch des Betriebsrats nur dann als ordnungsgemäß anzusehen, wenn die Vokabeln "Widerspruch" oder "widersprechen" in seinem Schreiben enthalten sind. Man wird es vielmehr als ausreichend ansehen müssen, wenn die schriftliche Äußerung der Arbeitnehmervertretung zweifelsfrei erkennen läßt, daß ein Widerspruch i.S. des § 102 Abs.3 gemeint ist²⁾.

Der zweite - und wohl wichtigere - Aspekt der Begründungspflicht beinhaltet die Frage, ob der Betriebsrat seinen schriftlich eingelegten Widerspruch mit einer Begründung versehen muß. Obwohl auf Grund der weitverbreiteten terminologischen Unterschiede von einer herrschenden Meinung kaum gesprochen werden kann, wird man sagen müssen, daß diejenigen Autoren in der Mehrzahl sind, die zumindest die Angabe eines

1) Ähnlich ArbG Bamberg ARSt 1973 Nr.41

2) ArbG Bochum DB 1974,730;ArbG Ludwigshafen BB 1972,446;Dietz/Richardi § 102 Rdnr.76; Götting/Hoentges/Zepp RdA 1972,284; Schlochauer RdA 1973,158;differenzierend ArbG München DB 1975,1082

der in § 102 Abs.3 Ziff.1-5 genannten Gründe verlangen¹⁾. Vereinzelt wird sogar gefordert, der Betriebsrat müsse konkret darlegen, warum nach seiner Auffassung ein bestimmter gesetzlicher Widerspruchsgrund gegeben ist²⁾.

Demgegenüber vertritt eine Gegenmeinung die Auffassung, daß der Widerspruch "keine Einzelheiten zu enthalten" brauche³⁾, sondern nur "ein den Widerspruch motivierender Tatbestand vorgebracht werden" müsse⁴⁾.

Diese Argumentation erscheint überzeugender. Das ergibt sich zunächst aus der Regelung des § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.3, nach der der Arbeitgeber von der Pflicht zur Weiterbeschäftigung entbunden wird, wenn der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet ist. Eine Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht kann nur bedeuten, daß eine derartige Verpflichtung zunächst selbst dann entsteht, wenn die Widerspruchsbegründung des Betriebsrats nicht stichhaltig ist. Andererseits liegt das Tatbestandsmerkmal der offensichtlichen Unbegründetheit nur vor, wenn das Fehlen eines Widerspruchsgrundes evident ist und der Nachweis seines Vorliegens auch im Kündigungsschutzverfahren mit großer Wahrscheinlichkeit nicht erbracht werden kann⁵⁾. Daraus folgt, daß der

1) Brecht § 102 Anm.10;Galperin Leitfaden S.128; Hueck/Hueck KSchG Einl.S.41 f.;Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.27;Stege/Weinspach S.364

2) ArbG München vom 14.3.1972 6 GA 17/72;LAG Hamburg BB 1976,184;Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.11;Meisel DB 1972,1631;noch strenger ArbG Bochum DB 1974,730;vgl.auch BAG DB 1971, 1528 für § 61 Abs.2 Satz 1 BetrVG 1952

3) ArbG Bamberg ARSt 1973 Nr.41

4) Göttling/Hoentges/Zepp RdA 1972,284;ähnlich Hoechst AuR 1973,329 und 331

5) ArbG Berlin DB 1973,192;ArbG Hannover AuR 1972, 381;Auffarth ArbRdGgnw 1972,80;Dietz/Richardi § 102 Rdnr.105;Hoechst a.a.O. S.329

Widerspruchsbegründung bereits vom Gesetzgeber keine allzu große Bedeutung beigemessen wurde. Bedenken gegen diese Auffassung könnten sich jedoch ergeben, wenn man der Meinung ist, es sei dem Arbeitnehmer verwehrt, sich auf andere als die vom Betriebsrat geltend gemachten Widerspruchsründe zu berufen¹⁾, da in diesem Falle der Begründung naturgemäß eine größere Bedeutung zukommen würde. So ist z.B. Hanau der Ansicht²⁾, es könne "schwerlich gewollt sein", daß der Widerspruch aus nur einem der in § 1 Abs.2 KSchG genannten Gründe den Kündigungsschutz um alle vier Tatbestände erweitere.

Diese restriktive Auslegung erscheint nicht zwingend. Vielmehr muß aus dem Sinn des § 1 Abs.2 KSchG, der von "einem dieser Gründe" spricht, gefolgert werden, daß der gekündigte Arbeitnehmer sich auf a l l e Gründe berufen kann, wenn der Betriebsrat seinen Widerspruch auf e i n e n der in § 102 Abs.3 aufgeführten Fälle gestützt hat³⁾. Der gesetzgeberischen Intention nach einer Verbesserung der Rechtsstellung des einzelnen Arbeitnehmer folgend, wird damit diejenige Auslegung gewählt, die den Widerspruchsründen ein Höchstmaß an Wirksamkeit verleiht⁴⁾.

Entsprechend der Auffassung, daß der Arbeitnehmer nicht dadurch von den restlichen in § 1 Abs.2 KSchG aufgeführten Gründen ausgeschlossen wird, daß der Betriebsrat nur das Vorliegen e i n e s

1) So Dietz/Richardi § 102 RdNr.122; Hueck/
Hueck KSchG § 1 RdNr.80

2) BB 1972,454 Fn.20

3) Adomeit DB 1971,2363; Hoechst AuR 1973,330;
Meisel Mitbest. S.187; ders. DB 1972,1677;
vgl. auch Erdmann/Jürging/Kammann § 102
Anm.28; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102
Anm.12; Stege/Weinspach S.366; a.A. Dietz/
Richardi a.a.O.; Hanau a.a.O.

4) So vor allem Hoechst a.a.O. S.330 m.w.
Nachw. in Fn.4)

Tatbestandes des § 102 Abs.3 Ziff.1-5 geltend macht, kann auf eine detaillierte Begründung des Widerspruchs durch den Betriebsrat verzichtet werden. Man muß es demgemäß als ausreichend ansehen, wenn sich aus dem Schreiben des Betriebsrats zweifelsfrei ergibt, daß er nicht lediglich Bedenken i.S. des § 102 Abs.2 erheben, sondern Widerspruch gem. § 102 Abs.3 einlegen will¹⁾.

2.2.2.3.3. Zur Zulässigkeit der Rücknahme des Widerspruchs

Umstritten ist auch die Frage, ob der Betriebsrat den einmal eingelegten Widerspruch zurücknehmen darf. Von der überwiegenden Meinung wird ihm ein derartiges Recht zugestanden²⁾. Dieser Auffassung wird man grundsätzlich beipflichten können. Denn der Weiterbeschäftigungsanspruch wird zwar unter anderem auch durch das kollektivrechtliche Widerspruchsrecht des Betriebsrats ausgelöst; das weitere Bestehen dieses Anspruchs hängt aber nur noch von dem individuellen Kündigungsschutzverfahren ab³⁾. Diese Erwägung ist gleichzeitig das ausschlaggebende Argument gegen die verschiedentlich⁴⁾

- 1) Mit der Entscheidung für diese Ansicht wird zugleich die Frage präjudiziert, ob es dem Betriebsrat gestattet ist, seiner ursprünglichen Widerspruchsbegründung nachträglich weitere Gründe hinzuzufügen. Bejahend ArbG Kassel DB 1973, 1360 für § 99 Abs.3 sowie Hinz BB 1974, 1257
- 2) Brede BStSozArbR 1973, 19; Dietz/Richardi § 102 Rdnr.79 und 97; Hinz a.a.O.S.1257 f.; Meisel DB 1972, 1630 f. und 1677 Fn.61; a.A. Gnade/Kehrmann/Schneider § 102 Anm.22; Hanau BB 1972, 454; Schlochauer RdA 1973, 160
- 3) So zu Recht Dietz/Richardi a.a.O. Rdnr.97; Gnade/Kehrmann/Schneider a.a.O.; Meisel a.a.O.S.1677 Fn.61
- 4) Namentlich Brede a.a.O.S.19; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.59; Stahlhacke BStSozArbR 1972, 59; Stege/Weinspach S.367

vertretene Auffassung, die dem Betriebsrat zwar das Recht zugesteht, seinen Widerspruch zurückzunehmen, daraus jedoch die Unanwendbarkeit des § 102 Abs.5 herleiten will.

Zumindest in denjenigen Fällen, in denen die Rücknahme des Widerspruchs nach der Erklärung der Kündigung erfolgt, ergibt sich die Unhaltbarkeit der dargestellten Ansicht aber auch daraus, daß von Gesetzes wegen der Betriebsrat keinerlei Befugnisse besitzt, den Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers durch nachträgliche Zustimmung zur Kündigung aufzuheben¹⁾.

Festzuhalten bleibt somit, daß der Betriebsrat zur Rücknahme des Widerspruchs zwar befugt ist, ein solches Verhalten jedoch für den betroffenen Arbeitnehmer keine nachteiligen Folgen - weder im Hinblick auf das Kündigungsschutzverfahren, noch im Rahmen des § 102 Abs.5 - äußert; die Rücknahme ist praktisch unbeachtlich²⁾.

2.2.3. Fristgemäßer Widerspruch

Der Wortlaut des § 102 Abs.5 setzt nicht nur einen ordnungsgemäßen Widerspruch voraus, sondern schreibt auch vor, daß der Betriebsrat fristgemäß widerspricht.

Ebenso wie man in § 102 Abs.5 vergeblich nach Kriterien dafür sucht, wann ein Widerspruch ordnungsgemäß erhoben ist, gibt diese Vorschrift auch keine Antwort auf die Frage, innerhalb welcher Frist der Widerspruch eingelegt worden sein muß.

Aus § 102 Abs.3 Satz 1 iVm Abs.2 Satz 1 folgt

1) So vor allem Meisel DB 1972,1677 Fn.61; ders. Mitbest. S.190; vgl. auch Dietz/Richardi § 102 RdNr.79 und 97; Gnade/Kehrman/Schneider § 102 Anm.22

2) Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.12

jedoch zwingend, daß "fristgemäß" i.S.des § 102 Abs.5 nur dann widersprochen wurde, wenn der Widerspruch vom Betriebsrat innerhalb einer Woche eingelegt worden ist. Auslösender Faktor für den Beginn der Wochenfrist ist der Zugang der Erklärung des Arbeitgebers über seine Kündigungsabsicht an ein empfangsberechtigtes Betriebsratsmitglied¹⁾. Bei der Berechnung der Frist wird gem. § 187 BGB der Tag der Unterrichtung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber nicht mitberücksichtigt. Entsprechend den §§ 188,193 BGB verlängert sich die Frist auf den nächsten Werktag, wenn ihr Ende auf einen Sonnabend, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag fällt²⁾. Bei der Wochenfrist handelt es sich um eine Ausschußfrist³⁾. Das ergibt sich zweifelsfrei aus der Formulierung des § 102 Abs.2 Satz 2, nach der die Zustimmung zur Kündigung fingiert wird, falls sich der Betriebsrat nicht innerhalb der genannten Frist äußert. Allerdings ist diese Ausschußfrist nicht in jedem Fall zwingend⁴⁾. Vielmehr muß es für den Arbeitgeber einerseits und den Betriebsrat andererseits möglich sein, eine Fristverlängerung zu vereinbaren. Arbeitnehmerinteressen, die einer derartigen Absprache gegebenenfalls entgegenstehen könnten, sind nämlich - anders als z.B. im Rahmen des § 99 - nicht ersichtlich⁵⁾.

- 1) Zu den Anforderungen an den Adressaten der Erklärung vgl. LAG Berlin AP Nr.1 zu § 102
- 2) Meisel Mitbest. S.166; Stege/Weinspach S.355
- 3) Amtliche Begründung BR-Drucks.715/70 S.52; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.23; Hueck/Nipperdey II S.1427; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.24; Stege/Weinspach S.354
- 4) Anders jedoch Kraft a.a.O.
- 5) Zustimmend Dietz/Richardi § 102 Anm.44; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.9; Meisel DB 1972,1630; undeutlich Galperin/Siebert § 61 Anm.17; streng ablehnend BAG AP Nr.6 zu § 61 BetrVG 1952

Demgegenüber erscheint es nicht vertretbar, abweichend vom Wortlaut des § 102 Abs.2 eine Verkürzung der Wochenfrist zuzulassen. Allerdings treten nicht wenige Autoren dafür ein, in Eilfällen bei der Geltendmachung von Bedenken die Ausnutzung der Wochenfrist als treuwidrig anzusehen mit der Folge, daß entsprechend dem Rechtsgedanken des § 162 BGB die Zustimmung zu der Kündigung fingiert wird¹⁾.

Bereits im Rahmen des § 102 Abs.2 stößt diese Auffassung - zumindest hinsichtlich der Rechtsfolge einer fingierten Zustimmung - auf erhebliche Zweifel. Zunächst ist es nämlich nicht einsichtig, daß der Arbeitgeber ein derart gesteigertes Interesse an einer vorzeitigen Stellungnahme des Betriebsrats haben könnte, das diesen veranlassen müßte, sich vor Ablauf der gesetzlichen Frist zu äußern. Zum anderen kann aus der Verwendung der Vokabel "spätestens" nicht ohne weiteres gefolgert werden, der Arbeitgeber könne in besonderen Fällen schon vor Ablauf der Wochenfrist die Erwiderung des Betriebsrats auf die Kündigungserklärung verlangen. Die Charakterisierung dieser Zeitspanne als einer Ausschußfrist läßt es vielmehr naheliegender erscheinen, daß der Betriebsrat seiner Rechte erst dann verlustig geht, wenn die gesetzliche Frist verstrichen ist. Spätestens, aber auch erst zu diesem Zeitpunkt erscheint es gerechtfertigt, die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung zu fingieren. Insbesondere im Hinblick auf das Widerspruchsrecht nach § 102 Abs.3 führt allein

1) So insbesondere Dietz/Richardi § 102 Rdnr.43; vgl. auch Adomeit DB 1971,2362; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.17; Meisel Mitbest. S.160; Schlochauer RdA 1973,159; Stege/Weinspach S.351 f.; dagegen Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.8; gegen eine Verkürzung der Frist bei außerordentlichen Kündigungen ArbG Passau ARSt 1973 Nr.154

diese Auffassung zu sachgerechten Ergebnissen. Dem Entschluß, Widerspruch einzulegen, muß nämlich in aller Regel ein intensiver Meinungsbildungsprozeß auf Seiten des Betriebsrats vorausgehen. Dazu ist es sowohl erforderlich, die Argumente des Arbeitgebers sorgfältig zu prüfen, als auch den betreffenden Arbeitnehmer zur Sache zu hören. Bevor sich der Betriebsrat danach zu weiteren Schritten entschließen wird, muß innerhalb seines Gremiums sicherlich eine eingehende Diskussion erfolgen. Berücksichtigt man weiterhin, daß sich der Betriebsrat noch mit anderen Problemen innerhalb des Betriebes zu befassen hat, so erscheint eine "Bedenkzeit" von einer Woche angesichts der diffizilen Problematik zwingend erforderlich zu sein. Diese Erwägungen führen zu dem Schluß, daß auch in sogenannten Eilfällen dem Betriebsrat eine Frist von einer Woche zur Einlegung des Widerspruchs zusteht.

2.2.4. Die rechtlichen Auswirkungen des Widerspruchs

Nachdem sich die vorangegangenen Ausführungen mit den Voraussetzungen für die Einlegung des Widerspruchs beschäftigt haben, ist nun noch auf die Frage einzugehen, welche rechtlichen Auswirkungen der Widerspruch hat.

2.2.4.1. Betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen

Fest steht, daß es dem Arbeitgeber trotz eines vom Betriebsrat eingelegten Widerspruchs nicht verwehrt ist, eine ordentliche Kündigung auszusprechen. Das ergibt sich aus der Vorschrift des § 102 Abs.4, die den Arbeitgeber verpflicht-

tet, dem Arbeitnehmer mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten. Hinter dieser Regelung steht der Gedanke, daß der Arbeitnehmer durch die Kenntnis der Stellungnahme seiner Interessenvertretung Anhaltspunkte dafür gewinnen soll, ob die Erhebung einer Kündigungsschutzklage Erfolg verspricht¹⁾.

Der Verstoß gegen § 102 Abs.4 macht die Kündigung allerdings nicht unwirksam. Die Verletzung der Mitteilungspflicht stellt lediglich eine "individualrechtliche Pflichtverletzung"²⁾ dar, die einen Schadensersatzanspruch begründet³⁾.

Zwar kommt es durch eine derartige Regelung möglicherweise zu einer Interessenkollision, da der Arbeitgeber einerseits dem Arbeitnehmer kündigen will, andererseits jedoch dessen Stellung im Kündigungsschutzstreit verbessert⁴⁾, wenn er der gesetzlichen Anordnung des § 102 Abs.4 Folge leistet. Diese Bedenken werden aber dadurch gemildert, daß der durchweg wirtschaftliche und zumeist intellektuelle Vorsprung des Arbeitgebers durch eine derartige Vorschrift nur in einer Weise beschnitten wird, die sich im Rahmen der "Sozialbindung der Arbeitgeberstellung" bewegt⁵⁾.

1) Amtliche Begründung BT-Drucks.VI/1786 S.52; vgl. auch Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.13; Hueck/Hueck KSchG Einl.S.43; Stege/Weinspach S.365

2) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.77

3) So Auffarth ArbRdGnw 1972,78; Brede BStSoz ArbR 1973,19; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.56; Meisel Mitbest.S.183 f.; ders. DB 1972, 1676; Stahlhacke BStSozArbR 1972,58

4) Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.

5) So zu Recht Dietz/Richardi a.a.O.

2.2.4.2. Kündigungsschutzrechtliche Folgen,
insbesondere zur Frage, ob die Ein-
führung der neuen Tatbestände des
§ 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG den in-
dividuellen Kündigungsschutz ein-
schränkt

Wesentlich weitreichender als die betriebsver-
fassungsrechtlichen Konsequenzen eines Wider-
spruchs sind dessen Kündigungsschutzrechtliche
Folgen. Durch die Vorschrift des § 123 wurden
nämlich die in § 1 Abs.2 Satz 1 KSchG aufgeführ-
ten Fälle sozial ungerechtfertigter Kündigungen
um die in § 102 Abs.3 Ziff.2-5 genannten Fall-
gruppen ergänzt und als Sätze 2 und 3 des § 1
Abs.2 KSchG in das Kündigungsschutzgesetz auf-
genommen¹⁾. Wie bereits erwähnt, stimmt außerdem
der Widerspruchsgrund des § 102 Abs.3 Ziff.1
mit § 1 Abs.3 KSchG inhaltlich überein.
Auf den ersten Blick führt diese Übernahme
der Widerspruchsgründe in das KSchG zu einer
erheblichen Erweiterung des Kündigungsschutzes.
Das gilt vor allem für den Fall, daß eine Kündi-
gung deshalb sozial ungerechtfertigt ist, weil
die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer an
einem anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen.
Derartige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten
sind nunmehr auch in anderen Betrieben des Unter-
nehmens zu überprüfen²⁾.
Eine gewisse Relativierung der zuvor festgestell-
ten Erweiterung des Kündigungsschutzes tritt
jedoch schon dadurch ein, daß Kündigungen zu-
weilen bereits vor Einführung der neuen Bestim-
mungen als sozial ungerechtfertigt angesehen

1) Der Text - nicht jedoch die Aussage - des
§ 1 Abs.2 Satz 2 KSchG hat inzwischen durch
§ 114 des am 1.4.1974 in Kraft getretenen
Bundespersönalvertretungsgesetzes eine Ände-
rung erfahren.

2) Siehe dazu Dietz/Richardi § 102 Rdnr.121;
Hanau BB 1972,454;Wagener BB 1972,1374

wurden, wenn Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers bestanden¹⁾. So war z.B. der Arbeitgeber bereits unter der damaligen Rechtslage verpflichtet, andere Einsetzungsmöglichkeiten für den jeweiligen Arbeitnehmer zu überprüfen, wenn dessen Weiterbeschäftigung nach einer Ein- oder Umschulung möglich war²⁾.

Diese und weitere Tatbestände enthält nun auch das KSchG im Rahmen des § 1 Abs.2 KSchG, jedoch mit dem Zusatz, daß "der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs.2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen" haben muß³⁾. Da der Widerspruch des Betriebsrats als zusätzliches Tatbestandserfordernis in § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG aufgenommen wurde, könnte aus dieser Tatsache eine Einschränkung des individuellen Kündigungsschutzes insofern abgeleitet werden, als die Tatbestände des § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG nunmehr die Sozialwidrigkeit der Kündigung selbständig bedingen und damit vom Arbeitsgericht nicht mehr überprüft zu werden brauchen, wenn es am Widerspruch des Betriebsrats als einem Tatbestandserfordernis fehlt⁴⁾.

Eine derartige Auslegung kann allenfalls mit dem

1) Für alle Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr.141

2) Aus der umfangreichen Rechtsprechung vgl. BAGE 21,6(11 f.);221(227);248(255)

3) Die Neufassung des § 1 Abs.2 Satz 2 KSchG durch § 114 BPersVertrG brachte inhaltlich keine Änderung.Für eine Weiterbeschäftigung nach Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen sowie unter geänderten Vertragsbedingungen gilt der Satz 2 des § 1 Abs.2 KSchG nunmehr gem.Satz 3 entsprechend.

4) So vor allem LAG Hamm DB 1973,482;vgl.auch Meisel DB 1972,1679

veränderten Gesetzeswortlaut begründet werden^{1) 2)}. Zweifel an dieser Auffassung ergeben sich jedoch, wenn man bei der Beurteilung der neu eingeführten Vorschrift die gesetzgeberischen Intentionen berücksichtigt. Sowohl die Begründung zum Entwurf der Bundesregierung³⁾ als auch der Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung⁴⁾ lassen keine Mißverständnisse darüber aufkommen, daß der Gesetzgeber mit der Neufassung des BetrVG und den damit einhergehenden Veränderungen des KSchG nicht nur die Stellung des Betriebsrats, sondern auch die Position des einzelnen Arbeitnehmers verbessern wollte⁵⁾. Diese gesetzgeberische Intention würde geradezu ins Gegenteil

1) Siehe dazu Dietz/Richardi § 102 Rdnr.124; Hanau BB 1972,454;Wagener BB 1972,1374

2) Der Einwand Gumperts BB 1972,50(mit ähnlicher Argumentation auch Meisel DB 1972, 1679),daß in den Fällen des (früheren) § 1 Abs.2 Satz 2 Nr.2-4 KSchG nicht nur das Individualinteresse des Arbeitnehmers, sondern auch das Kollektivinteresse des Betriebsrats auf dem Spiel stehe und § 99 Abs.2 (die Verweigerung der Zustimmung zur Versetzung) umgangen würde,wenn eine Versetzung ohne vorherige Einschaltung des Betriebsrats erzwungen werden könnte,überzeugt nicht.Da der Betriebsrat die Interessenvertretung der Arbeitnehmer darstellt, können seine Kollektivinteressen sinnvollerweise nur insoweit Geltung erlangen,als sie nicht zu einer Einschränkung der Individualinteressen der einzelnen Arbeitnehmer führen.Kritisch gegenüber der zitierten Auffassung auch das BAG BB 1973,1636 sowie Kitzelmann BUV 1972,217

3) BT-Drucks. VI/1786 S.32 f.

4) BT-Drucks. VI/zu 2729 S.7

5) Wenn der Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung ausführt,daß die Widerspruchsgründe wegen ihres kollektiven Einschlags vom Betriebsrat auf Grund seiner größeren Sachkenntnis besser geltend gemacht werden können,so bedeutet das - entgegen Meisel a.a.O. - nicht unbedingt,daß diese Gründe bei bestehendem Widerspruch im Kündigungsstreit nicht berücksichtigt werden dürfen.

verkehrt, wenn der Widerspruch des Betriebsrats in der Weise zu einem Tatbestandserfordernis erhoben würde, daß beispielsweise eine Kündigung allein deshalb aus dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt ist, weil der Betriebsrat es versäumt hat, die für den gekündigten Arbeitnehmer bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mittels Widerspruch geltend zu machen¹⁾. Vielmehr ist davon auszugehen, daß sich der einzelne Arbeitnehmer in gewissem - noch näher darzulegendem - Umfang auch dann auf die Widerspruchsgründe berufen kann, wenn es am Widerspruch des Betriebsrats fehlt²⁾. Die Normierung der neuen Tatbestände des § 1 Abs.2 Satz 2 KSchG wird durch eine solche Auslegung keineswegs überflüssig³⁾. Es ist nämlich möglich, die Vorschrift des § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG in einer Weise auszulegen, daß einerseits das Widerspruchserfordernis nicht bloßes Postulat bleibt, andererseits jedoch ein Höchstmaß an individualrechtlichem Kündigungsschutz gewährleistet wird. Zu diesem Zweck ist nach § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG dann ein absoluter Grund für die Sozialwidrigkeit der Kündigung anzunehmen, wenn ein Widerspruchsgrund gem. § 102 Abs.3 besteht und der Betriebsrat deshalb der Kündigung widersprochen hat. Für eine in sonstigen Fällen betriebsbedingter Kündigungen notwendige Interessenabwägung ist dann kein Raum. Liegt demgegenüber ein Widerspruch des

1) So und ähnlich die Beispiele von Kitzelmann BUV 1972,216

2) In diesem Sinne Auffarth ArbRdGgnw 1972,77; Brede BlStSozArbR 1973,18;Dietz/Richardi § 102 Rdnr.124;Kitzelmann AuR 1973,306; Richardi ZfA-Sonderheft 1972,31

3) So aber z.B. Meisel DB 1972,1679;Wagener BB 1972,1374;im Sinne einer restriktiven Auslegung auch Gumpert BB 1972,50 und Sahmer § 102 Anm.24

Betriebsrats nicht vor, so ist bei der Prüfung, ob ein dringendes betriebliches Erfordernis gegeben ist, auf diejenigen Gründe zurückzugreifen, die bislang schon in diesem Zusammenhang berücksichtigt wurden und nunmehr ausdrücklich in § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG verankert sind¹⁾).

Da eine derartige Differenzierung sowohl zu einer sinnvollen Auslegung des § 1 Abs.2 KSchG führt²⁾, als auch der gesetzgeberischen Intention nach einer Verbesserung des individuellen Kündigungsschutzes am nächsten kommt, soll ihr der Vorzug vor anderen Auslegungen gegeben werden. Es ist deshalb davon auszugehen, daß § 102 Abs.3 Ziff. 2-5 iVm § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG ausschließlich als eine Erweiterung des individuellen Kündigungsschutzes zu verstehen ist.

Daraus folgt, daß das Arbeitsgericht auch bei fehlendem Widerspruch des Betriebsrats diejenigen Gesichtspunkte, die ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Kündigung darstellen, insoweit prüfen muß, als das auch schon vor ihrer Normierung der Fall war. Soweit allerdings die Neuregelung Tatbestände schafft, die über die bisherigen Ergebnisse der Rechtsprechung hinausreichen, setzt ihre Berücksichtigung durch das Arbeitsgericht den Widerspruch des Betriebsrats zwingend voraus^{3) 4)}.

1) So mit ausführlicher Begründung BAG BB 1973, 1637

2) Entgegen Meisel DB 1972, 1679

3) In diesem Sinne z.B. Auffarth ArbRdGgnw 1972, 77; Brede BlStSozArbR 1973, 18; DGB-Kommentar Die Quelle 1972, 121; Göttling/Hoentges/Zepp RdA 1972, 285; Kitzelmann AuR 1973, 306; ders. BUV 1972, 217; Otto DB 1973, 671; Stahlhacke NJW 1973, 784

4) In dem unter 1) zitierten Urteil des BAG wird die Frage ausdrücklich offengelassen, ob nicht auch die in § 1 Abs.2 KSchG enthaltenen echt neuen Gründe für die Sozialwidrigkeit ebenfalls ohne Widerspruch des Betriebsrats zu berücksichtigen sind. Vgl. zu diesem Problem Hoechst AuR 1973, 332 und Otto a.a.O.

2.3. Die Klage des Arbeitnehmers

Für die Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs setzt der Wortlaut des § 102 Abs.5 weiterhin voraus, daß "der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben" hat, "daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist". Die in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragen brauchen nur kurz angerissen zu werden, da ihre Beantwortung keine großen Schwierigkeiten bereitet.

2.3.1. Der berechtigte Personenkreis

2.3.1.1. Der Arbeitnehmerbegriff

Von Interesse ist zunächst der zur Klage berechtigte Personenkreis. Der in § 102 Abs.5 erwähnte Begriff des Arbeitnehmers wird weder in dieser Vorschrift noch im KSchG definiert, sondern als bekannt vorausgesetzt.

Das BetrVG bezeichnet in § 5 Abs.1 als Arbeitnehmer Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. In Abs.2 der Vorschrift sind Berufsgruppen aufgeführt, die nicht als Arbeitnehmer i.S. des BetrVG gelten. Der Wortlaut des § 5 Abs.1 ist jedoch für die Frage des zur Kündigungsschutzklage berechtigten Personenkreises zu unbestimmt, da die Begriffe Arbeiter und Angestellter lediglich Untergruppen des Arbeitnehmerbegriffes darstellen¹⁾. Es muß daher auf die von der Arbeitsrechtswissenschaft herausgearbeitete Definition des Arbeitnehmers zurückgegriffen werden. Danach ist Arbeitnehmer jede Person, die auf Grund privatrecht-

1) Schaub Hb. S.39

lichen Vertrages oder eines ihm gleichgestellten Rechtsverhältnisses im Dienst eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist¹⁾. Auf Grund dieser Definition scheiden für den im Rahmen des § 102 Abs.5 iVm dem KSchG anzuwendenden Arbeitnehmerbegriff vor allem aus : Alle persönlich selbstständig arbeitenden Personen²⁾ und die öffentlichen Beamten³⁾. Auszubildende unterfallen zwar an sich der zuvor gegebenen Definition des Arbeitnehmerbegriffs. Das Berufsbildungsgesetz, das die Beendigung der Berufsausbildung in seinen §§ 13-16 regelt, geht jedoch insoweit dem KSchG als *lex specialis* vor. Deshalb kommt der Kündigungsschutz nach dem KSchG für diesen Personenkreis ebenfalls nicht in Betracht⁴⁾. Alle Personen, die der genannten Definition des Arbeitnehmers unterliegen, müssen außerdem, um eine Kündigungsschutzklage wirksam erheben zu können, das 18.Lebensjahr vollendet haben, § 1 Abs.1 KSchG.

2.3.1.2. Die Beschäftigungsdauer

§ 1 Abs.1 KSchG setzt weiterhin voraus, daß das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen länger als sechs Monate bestanden haben muß. Dem Wortlaut des Gesetzes ist zu entnehmen, daß die sechsmonatige Beschäftigungsdauer bereits zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorliegen muß. Diesem Erfordernis ist somit nicht Genüge getan, wenn das Arbeitsverhältnis

1) Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr.5; Hueck/Nipperdey I S.34 f.; zustimmend Schaub Hb.S.25

2) Hueck/Hueck a.a.O. Rdnr.10

3) Hueck/Hueck a.a.O. Rdnr.12

4) Hueck/Hueck a.a.O. Rdnr.16

- 2 -

erst zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung seit sechs Monaten besteht¹⁾. Die Einhaltung dieser sogenannten Wartezeit ist allerdings nicht zwingend erforderlich. Vielmehr kann von dieser Frist abgewichen werden, jedoch nur zugunsten des Arbeitnehmers, d.h. die Parteien können jederzeit vereinbaren²⁾, daß der Kündigungsschutz schon früher einsetzen soll³⁾.

2.3.2. Zur Frage der Bindung an die Fristen des KSchG

2.3.2.1. Die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG

§ 102 Abs.5 enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, innerhalb welcher Frist der Arbeitnehmer die Kündigungsschutzklage erheben muß. § 4 KSchG sieht vor, daß der Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage wegen mangelnder sozialer Rechtfertigung der Kündigung innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung beim Arbeitsgericht einlegen muß. Da im Rahmen des § 102 Abs.5 von einer Klage "nach dem Kündigungsschutzgesetz" die Rede ist, liegt die Folgerung nahe, daß auch die Klage zur Auslösung des Weiterbeschäftigungsanspruchs an die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG gebunden ist⁴⁾. Eine Auffassung, die die Erhebung der Kündigungsschutzklage auch außerhalb dieser Zeitspanne zulassen

1) BAG AP Nr.34 zu § 1 KSchG;LAG Berlin AP 53 Nr.214;ArbG Wuppertal DB 1975,2329

2) Das kann auch stillschweigend geschehen;BAG AP Nr.81 zu § 1 KSchG

3) Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnr.24;Schaub Hb.S.506

4) So die absolut h.M. Becker-Schaffner BlStSoz ArbR 1974,290;Dietz/Richardi § 102 Rdnr.98; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.58;Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.21;Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.49;a.A. wohl nur Fuchs AuR 1973,175

würde, müßte eine unerträgliche Rechtsunsicherheit nach sich ziehen. Außerdem wird die nicht rechtzeitig geltend gemachte Rechtsunwirksamkeit der Kündigung durch § 7 KSchG in der Weise mit einer Sanktion versehen, daß die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam fingiert wird, so daß für einen Weiterbeschäftigungsanspruch in diesem Falle kein Raum bleibt. Die Ansicht, die eine Klageerhebung des Arbeitnehmers auch bei Nichteinhaltung der Dreiwochenfrist zulassen will, verkennt schließlich, daß der Arbeitgeber in diesem Falle nicht durch § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 geschützt würde. Man kann nämlich nicht einerseits eine Kündigungsschutzklage trotz Nichtbeachtung des § 4 KSchG als den Voraussetzungen des § 102 Abs.5 entsprechend bezeichnen¹⁾, andererseits jedoch dem Arbeitgeber die Möglichkeit zugestehen, diese Klage wegen fehlender Erfolgsaussicht oder gar Mutwilligkeit mit einer einstweiligen Verfügung anzugreifen²⁾.

Der h.M. folgend wird man somit nur eine solche Kündigungsschutzklage als den Voraussetzungen des § 102 Abs.5 genügend ansehen können, die innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG erhoben wird. Anfang und Ende dieser Frist sind gekennzeichnet durch den Zugang der Kündigung einerseits und den Zeitpunkt, in dem die Klage beim Arbeitsgericht eingeht, andererseits³⁾.

1) So aber Fuchs AuR 1973,174 mit nicht überzeugender Begründung

2) Kritisch auch Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.49

3) Hueck/Hueck KSchG § 1 Rdnrn.34 und 36; Stahlhacke KSchG Rdnr.151

2.3.2.2. Zur Möglichkeit einer Fristverlängerung

Da die nicht rechtzeitige Geltendmachung der Unwirksamkeit einer sozial ungerechtfertigten Kündigung zur Folge hat, daß die Kündigung, wenn sie nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, als von Anfang an rechtswirksam gilt, § 7 KSchG, ist es für den Arbeitnehmer wichtig zu wissen, daß § 5 Abs.1 KSchG unter gewissen Voraussetzungen auch verspätete Klagen zuläßt. Diese Möglichkeit greift aber nur dann ein, wenn es dem Arbeitnehmer "trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt" unmöglich war, die Frist des § 4 KSchG einzuhalten, § 5 Abs.1 KSchG. Da das Gericht, um die Klage nachträglich zulassen zu können, das Vorliegen dieser Umstände sorgfältig prüfen muß, entsteht der Weiterbeschäftigungsanspruch erst dann, wenn die Klage zugelassen worden ist¹⁾.

2.4. Das Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers

Letzte der im Rahmen des § 102 Abs.5 zu prüfenden Voraussetzungen für die Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs ist ein entsprechendes Verlangen des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber.

Der Gesetzeswortlaut enthält leider keinen Hinweis auf Form und Frist eines derartigen Antrages. Man wird daraus entnehmen können, daß das Begehren sowohl mündlich als auch schriftlich verlaublich werden kann. Dem Arbeitnehmer ist aber in seinem eigenen Interesse zu raten, die Schriftform einzuhalten, da sie besser geeignet

1) So zu Recht Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.59;Stahlhacke BlStSozArbR 1972,59

ist, etwaigen Beweisschwierigkeiten zu begegnen.

Hinsichtlich der Frist für ein derartiges Verlangen geht aus der Vorschrift des § 102 Abs.5 nur hervor, daß vor dem Antrag auf Weiterbeschäftigung zunächst Klage beim zuständigen Arbeitsgericht eingereicht worden sein muß¹⁾. Da sich das Verlangen auf Weiterbeschäftigung richtet, wird man weiterhin voraussetzen können, daß der Arbeitnehmer seinen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber vor Ablauf der Kündigungsfrist geltend macht²⁾. Schließlich hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse darüber informiert zu werden, ob der Arbeitnehmer von seinem Recht, die Weiterbeschäftigung zu verlangen, Gebrauch macht oder nicht³⁾. Es ist deshalb zu fordern, daß der Arbeitnehmer den Antrag auf Weiterbeschäftigung innerhalb einer angemessenen Frist nach der Erhebung der Kündigungsschutzklage stellt^{4) 5)}.

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 102 Abs.5 vor, so wird als Rechtsfolge ausgesprochen, daß der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber nach Ablauf der Kündigungsfrist, deren Dauer von der Person des Arbeitnehmers abhängt, "bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen"

1) Unstreitig; für alle Meisel Mitbest. S.188 m.w.Nachw.

2) Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.50

3) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.100

4) Becker-Schaffner B1StSozArbR 1974,290; Kraft a.a.O.; Meisel a.a.O.; Weber BB 1974,701 f.

5) Von einigen Autoren wird sogar gefordert, daß der Arbeitnehmer seinen Antrag unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs.1 Satz 1 BGB) stellt; vgl. Dietz/Richardi a.a.O.; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.60; Schlochauer RdA 1973,163; Stege/Weinspach S.367 f.

weiterbeschäftigt werden muß¹⁾). Im folgenden soll nun der Inhalt des Weiterbeschäftigungsanspruchs, genauer gesagt, seine Rechtsnatur und seine Dauer, untersucht werden.

3. Der Inhalt des Weiterbeschäftigungsanspruchs

Da der Gesetzeswortlaut des § 102 Abs.5 terminologisch eindeutig von einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bei unveränderten Arbeitsbedingungen spricht, liegt die Vermutung nahe, daß hinsichtlich der Auslegung dieses gesetzgeberischen Postulats kaum Schwierigkeiten auftreten können. Diese optimistische Prognose wird jedoch nach einer genaueren Durchforstung der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur in erheblichem Maße eingeschränkt.

3.1. Das Wesen der Beschäftigungspflicht

Tiefgreifende Unstimmigkeiten ergeben sich bereits bei der Frage, ob § 102 Abs.5 einen echten Anspruch auf Weiterbeschäftigung begründet, oder

1) Zur Zeit der Geltung des BetrVG 1952 endete das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist. Entschied das ArbG die Kündigungsschutzklage positiv, war der Arbeitgeber zur Wiedereinstellung des Arbeitnehmers verpflichtet. Dieser kurze Vergleich mit der früheren Rechtslage macht deutlich, daß hier eine der wesentlichen Verbesserungen des neuen Gesetzes liegt.

ob der Arbeitgeber seiner Verpflichtung bereits dadurch genügt, daß er den betroffenen Arbeitnehmer bei Fortzahlung des Lohnes von der Arbeit freistellt.

Zwar wird man sagen können, daß die weit überwiegende Zahl derjenigen Autoren, die sich mit diesem Problem bislang auseinandergesetzt haben, entsprechend der gesetzlichen Formulierung von einem echten Anspruch des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung ausgehen¹⁾.

Dieser Auffassung sind jedoch zuerst Adomeit²⁾ und später Weber³⁾ entgegengetreten⁴⁾. Ihre der h.M. zuwiderlaufenden Ansichten begründen sie vor allem damit, daß eine echte - durch Klage und einstweilige Verfügung iVm § 888 ZPO erzwingbare - Pflicht zur Weiterbeschäftigung unvereinbar sei mit dem derzeitigen Stand des Individualarbeitsrechts, nach dem eine Pflicht zur Beschäftigung nicht existiere⁵⁾.

Abgesehen davon, daß selbst Weber⁶⁾ zugeben muß,

1) ArbG Villingen-Schwenningen BB 1972, 615; Auffarth ArbRdGgnw 1972, 79 f.; Becker-Schaffner BlStSozArbR 1973, 1; Dietz/Richardi § 102 Rdurn. 95 und 110 ff.; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm. 61; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm. 20; Göttling/Hoentges/Zepf RdA 1972, 285; Gumpert BB 1972, 50 Fn. 8; Hoechst AuR 1973, 333; Hueck/Hueck KSchG Einl. S. 43; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm. 52; Richardi ZfA-Sonderheft 1972, 28; Schaub Hb. S. 526; ders. BR S. 249; Stahlhacke KSchG Rdnr. 146; ders. BlStSozArbR 1972, 59; mit eindrucksvoller Begründung zuletzt Böhm BB 1974, 1643 und Hinz BB 1974, 1253, sowie Brasch BB 1976, 320

2) DB 1971, 2363

3) BB 1974, 701 ff.

4) Einschränkungen nehmen auch Hanau BB 1972, 455; Meisel DB 1972, 1677; ders. Mitbest. S. 188 und Schlochauer RdA 1973, 164 vor. Ebenfalls kritisch Galperin Leitfaden S. 130

5) Adomeit a.a.O.; Weber a.a.O. S. 702

6) a.a.O. S. 701

die gegenteilige Auffassung werde in letzter Zeit wieder stärker vertreten¹⁾, stößt die Auffassung der Mindermeinung auch aus anderen Gründen auf erhebliche Bedenken.

Gegen eine Auslegung des § 102 Abs.5 in der vor allem von Adomeit, Meisel und Weber vertretenen Form spricht zunächst die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Wie bereits erwähnt²⁾, muß als ihr Vorläufer § 39 Abs.3 des Gesetzentwurfes der CDU/CSU³⁾ angesehen werden. Diese Bestimmung lautete: "Widerspricht der Betriebsrat frist- und ordnungsgemäß und hat der Arbeitnehmer gegen die Kündigung Klage nach dem KSchG erhoben, so bleibt das Arbeitsverhältnis bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bestehen". Ein derartiger Fortbestand des Arbeitsverhältnisses hätte dem Arbeitgeber unbestritten die Möglichkeit belassen, den Arbeitnehmer bei Lohnfortzahlung zu beurlauben⁴⁾.

Wie sich aus dem Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung unzweifelhaft ergibt, ging es dem Gesetzgeber jedoch in erster Linie um eine sachgerechte Sicherung der Arbeitsplätze, die auch und vor allem durch einen Bestandsschutz während des Kündigungsschutzverfahrens erzielt werden sollte⁵⁾. Um diese Zielvorstellung zu verwirklichen, wurde der Gesetzentwurf der Opposition in der jetzt vorliegenden Form abgewandelt. Neben der Entstehungsgeschichte spricht aber auch der Gesetzeswortlaut für eine echte Weiterbeschäftigungspflicht⁶⁾. Wäre vom Gesetzgeber lediglich

1) Vgl. dazu vor allem Fabricius ZfA 1972, 36 ff. m.w.Nachw.

2) S.8 f. der Untersuchung

3) BT-Drucks.VI/1806 S.9

4) So Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.61; Stahlhacke KSchG Rdnr.146

5) BT-Drucks.VI/zu 2729 S.7

6) Ebenso Stahlhacke a.a.O.

die Aufstellung einer Anspruchsnorm für die Lohnfortzahlung beabsichtigt gewesen, hätte er das durch eine entsprechende terminologische Veränderung des Entwurfs verdeutlichen können, zumal sich ein derartiger Anspruch bereits aus § 39 Abs.3 des CDU/CSU-Entwurfs ableiten ließ. Demgegenüber spricht § 102 Abs.5 jedoch von einer Weiter b e s c h ä f t i g u n g , die sowohl vom Sprachgebrauch als auch von ihrer sozialen Bedeutung her gesehen weiter reicht als eine bloße Lohnfortzahlung. Die rechtspolitische Zielsetzung, die zur Einführung der Vorschrift in der jetzt vorliegenden Form geführt hat, besteht außerdem ohne Zweifel darin, zu vermeiden, daß während des Kündigungsschutzstreites der Arbeitsplatz neu besetzt wird und der Arbeitnehmer sich dadurch mit einer Situation konfrontiert sieht, die selbst dann zum Verlust des Arbeitsplatzes führen und dem Arbeitnehmer nur einen Abfindungsanspruch gewähren würde, wenn die Kündigung sich später als rechtsunwirksam erweist^{1) 2)}. Es ist somit festzustellen, daß sowohl die Entstehungsgeschichte als auch der Wortlaut des § 102 Abs.5 keinen Zweifel daran lassen, daß durch diese Vorschrift eine echte Weiterbeschäftigungspflicht begründet werden soll. "Nach erfolgter Kündigung sind deshalb alle einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers, die darauf abzielen, das Ausscheiden des Arbeitnehmers zu einer vollendeten Tatsache zu verfestigen, unzulässig"³⁾.

1) Böhm BB 1974,1643;Dietz/Richardi § 102 Rdnr.95, die weiter ausführen:"Es soll nicht der Grundsatz herrschen:'Dulde und liquidiere',sondern es soll der Arbeitsplatz gesichert werden"; vgl.auch Hoechst AuR 1973,333

2) Wie Weber BB 1974,699 unter diesen Umständen davon sprechen kann,§ 102 Abs.5 statuiere im Gegensatz zu § 39 Abs.3 CDU/CSU-Entwurf nur eine Weiterbeschäftigungspflicht,bleibt unerfindlich.

3) Böhm a.a.O.S.1644 ;vgl.auch Otto RdA 1975,69

Wie bereits kurz angedeutet, wird gegen eine derartige Auslegung angeführt, daß dem Individualarbeitsrecht eine - mit rechtlichen Mitteln erzwingbare - Beschäftigungspflicht fremd sei. Allerdings geben selbst die Anhänger dieser Auffassung zu, daß "die gegenteilige Ansicht in letzter Zeit ... stärker vertreten wird" ¹⁾. In der Tat hat neuerdings z.B. Fabricius ²⁾ eine Beschäftigungspflicht bejaht, die er im Wege der Rechtsfortbildung unter Berücksichtigung der Art. 1, 2, 20 und 23 GG ³⁾ durch Auslegung des Arbeitsvertrages gewinnt. Auch das Bundesarbeitsgericht führt in seiner in mehrfacher Hinsicht bedeutsamen Entscheidung vom 26.10.1971 aus ⁴⁾, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, wenn dieser das verlangt, beschäftigen muß. Er darf sich nicht damit begnügen, lediglich den Lohn zu zahlen ⁵⁾.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob es für die Frage nach dem Inhalt des Weiterbeschäftigungsanspruchs wirklich darauf ankommt, daß man eine allgemeine Beschäftigungspflicht anerkennt. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich vielmehr die Notwendigkeit einer strengen Unterscheidung der beiden Begriffe. Während die Anerkennung einer a l l g e m e i n e n Beschäftigungspflicht erhebliche Auswirkungen auf jedes Beschäftigungsverhältnis haben würde, taucht die Frage der W e i t e r beschäftigungspflicht nur in wenigen genau umrissenen Fällen auf, genauer gesagt, wenn die Voraussetzungen des § 102 Abs.5

1) Weber BB 1974, 701

2) ZfA 1972, 35 ff.

3) Gegen eine Heranziehung dieser GG-Vorschriften wenden sich Lepke zuletzt in DB 1971, 478 ff. und Weber a.a.O.

4) BAGE 23, 484 LS 9

5) Auch das LAG Düsseldorf - DB 1974, 2112 - geht davon aus, daß § 102 Abs.5 dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers eine gesetzliche Grundlage verschaffe.

vorliegen. Die Weiterbeschäftigungspflicht hat eben im Gegensatz zur Anerkennung einer allgemeinen Beschäftigungspflicht nur "spezifisch kündigungbezogene Funktion", um "das meist irreparable Hinausdrängen des Arbeitnehmers durch Suspendierung zu verhindern"¹⁾.

Daß es dem Gesetzgeber gestattet sein muß, ein derartiges Rechtsinstitut wie den Weiterbeschäftigungsanspruch aus der Taufe zu heben, kann im übrigen nicht ernsthaft bezweifelt werden²⁾.

Gegen die Anerkennung einer echten Beschäftigungspflicht sprechen auch keine vollstreckungsrechtlichen Gründe³⁾. Die Einräumung eines Rechtsanspruches ohne die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung ist nämlich nicht - wie Weber meint⁴⁾ - ohne jeden Sinn. Abgesehen davon, daß die Vollstreckbarkeit des Weiterbeschäftigungsanspruches nach § 888 ZPO bereits eingehend begründet wurde⁵⁾, ist Webers These auch dadurch widerlegbar, daß z.B. § 611 Abs.1 BGB den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet und diese Hauptpflicht auch einklagbar ist, die Vollstreckbarkeit des Anspruches jedoch durch die ausdrückliche Regelung des § 888 Abs.2 ZPO ausgeschlossen wird. Dieses Beispiel zeigt, daß im Arbeitsrecht Rechtspflichten unabhängig davon anerkannt werden können, ob Möglichkeiten zu ihrer Durchsetzung bestehen⁶⁾.

Die Begründung, mit der Weber die Rechtsnatur des § 102 Abs.5 als einem echten Weiterbeschäftigungsanspruch angreifen will, überzeugt demnach nicht.

1) Böhm BB 1974,1646; dagegen Lepke DB 1975,503

2) So zu Recht Stahlhacke KSchG Rdnr.146

3) In diesem Sinne jedoch Weber BB 1974,701 f.;
vgl.auch Adomeit DB 1971,2363

4) a.a.O. S.702 Fn.56)

5) Vgl.Böhm a.a.O. S.1645 f.

6) Darauf weist zu Recht Böhm a.a.O. S.1645 hin.

Schließlich spricht noch ein weiterer Aspekt dafür, § 102 Abs.5 als Statuierung einer Beschäftigungspflicht zu interpretieren. Würde man nämlich diese Vorschrift als eine Norm ansehen, die lediglich das Lohnrisiko regelt, so müßte daraus die Folgerung gezogen werden, daß nur dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 102 Abs.5 gegeben sind, eine Lohnfortzahlungspflicht besteht, hingegen ein Anspruch auf Lohnzahlung selbst dann entfällt, wenn ein solcher gem.

§ 615 BGB wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers gegeben wäre¹⁾. Eine derartige Interpretation steht jedoch in diametralem Gegensatz zum bereits mehrfach zitierten Willen des Gesetzgebers, der mit § 102 Abs.5 einen wirksamen Bestandsschutz des Arbeitsplatzes erreichen wollte²⁾. Diese Intention läßt sich aber nur realisieren, wenn der Arbeitgeber sich nicht durch den einseitigen Akt der Kündigung von der Weiterbeschäftigungspflicht befreien kann³⁾.

Schließlich muß noch darauf hingewiesen werden, daß § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 dem Arbeitgeber die Möglichkeit gewährt, sich in den dort aufgezählten Fällen von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entbinden zu lassen. Nach dem Wortsinn und dem Zweck der Regelung kann die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung nur zum Ausdruck bringen wollen, daß selbst bei Vorliegen dieser Tatbestände - bei denen es sich anerkanntermaßen um Ausnahmefälle

1) Brede B1StSozArbR 1973,19;Dietz/Richardi § 102 Rdnrn.95 und 114 f.;Hanau BB 1972,455; Richardi ZfA-Sonderheft 1972,28

2) Göttling/Hoentges/Zepp RdA 1972,285;Hoechst AuR 1973,333;Stahlhacke B1StSozArbR 1972,59

3) So zu Recht Dietz/Richardi a.a.O. Rdnr.95; Hanau a.a.O.

handelt¹⁾ - eine Weiterbeschäftigungspflicht entsteht, da andernfalls der Arbeitgeber ja nicht durch einstweilige Verfügung von dieser Pflicht "entbunden" werden könnte²⁾, sondern diese Verpflichtung gar nicht erst entstehen würde. Wenn aber sogar in den in § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 aufgeführten Fällen der Arbeitgeber gezwungen werden soll, den Weg zum Arbeitsgericht zu beschreiten, dann kann er sich erst recht nicht bei anderen Fallgestaltungen einseitig von seiner Verpflichtung lösen³⁾.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß § 102 Abs.5 eine echte Weiterbeschäftigungspflicht statuiert, die der Arbeitgeber nicht durch Freistellung des Arbeitnehmers bei voller Lohnzahlung umgehen darf. Der Arbeitgeber wird vielmehr von seiner Verpflichtung nur unter den in § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 genannten Voraussetzungen durch Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung entbunden. Der Arbeitnehmer kann seinen Anspruch "notfalls auch im Wege der Klage und mittels einstweiliger Verfügung durchsetzen"⁴⁾.

3.2. Die Rechtsnatur des Weiterbeschäftigungsanspruchs

Fraglich ist, welches rechtliche Verhältnis zwischen den Beteiligten während der Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzstreites besteht. In diesem Zusammen-

- 1) ArbG Berlin DB 1973,192; Auffarth ArbRdGgnw 1972,80; Brecht § 102 Anm.11; DGB-Kommentar Die Quelle 1972,121
- 2) In diesem Sinne Auffarth a.a.O.; vgl. auch Adomeit DB 1971,2363; ablehnend Schlochauer RdA 1973,164
- 3) Insoweit zustimmend Becker-Schaffner BlStSoz ArbR 1974,291
- 4) Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.20; vgl. auch ArbG Berlin a.a.O.; Dietz/Richardi § 102 Rdnr.106; Dütz ZfA 1972,255; Gnade/Kehrmann/Schneider § 102 Anm.20

hang kann die Antwort nicht einheitlich ausfallen, sondern es muß je nach Ausgang des Kündigungsschutzprozesses differenziert werden.

3.2.1. Im Falle des Obsiegens des gekündigten Arbeitnehmers

Wenn der Arbeitnehmer den Kündigungsschutzprozeß gewinnt, wird durch das Urteil festgestellt, daß die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat, § 4 Satz 1 KSchG. Daraus folgt, daß das vertragliche Arbeitsverhältnis auch in dem Zeitraum zwischen dem Ablauf der Kündigungsfrist und dem rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits unverändert fortbestanden hat¹⁾. Durch § 102 Abs. 5 wird dieses Ergebnis somit lediglich bestätigt und untermauert²⁾.

3.2.2. Im Falle der Abweisung der Kündigungsschutzklage

Wesentlich schwerer fällt die Bestimmung der Rechtsnatur des Weiterbeschäftigungsverhältnisses jedoch, wenn die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers abgewiesen wird. Sicher ist, daß der Weiterbeschäftigungsanspruch bei Klageabweisung ohne weiteres endet³⁾. Allerdings kommt es insoweit zu einer Kollision mit § 4 KSchG, als durch diese Vorschrift die Wirksamkeit der Kündigung zum Ende der Kündigungsfrist rückwirkend fingiert wird. Durch dieses Auseinanderfallen der Regelungen des BetrVG und des KSchG wird die Festlegung der Rechtsnatur des

1) Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm. 20 und 23;
Becker-Schaffner B1StSozArbR 1974, 291

2) Weber BB 1974, 703

3) Auffarth ArbRdGgnw 1972, 79

Weiterbeschäftigungsverhältnisses wesentlich kompliziert. Diese Aussage wird noch dadurch untermauert, daß eine endgültige Beantwortung dieser Frage ja erst möglich ist, wenn der Rechtsstreit rechtskräftig entschieden wurde¹⁾.

Die Meinungen, wie die Rechtsnatur des Weiterbeschäftigungsverhältnisses zu bestimmen ist, wenn der Arbeitnehmer mit seiner Kündigungsschutzklage abgewiesen wird, gehen weit auseinander. Einige Autoren²⁾ bezeichnen das Weiterbeschäftigungsverhältnis als ein Schuldverhältnis besonderer Art. Teilweise wird diese Definition noch genauer gefaßt, indem man von einem gesetzlichen Arbeitsverhältnis spricht³⁾. Andere Auffassungen gehen von einem faktischen Arbeitsverhältnis aus⁴⁾. Auch die Ansicht, es liege nur ein "tatsächliches Weiterbeschäftigen" vor, wird in der Literatur vertreten⁵⁾. Schließlich gibt es noch eine Meinung, die das Weiterbeschäftigungsverhältnis als Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses bis zum Eintritt der Rechtskraft des abweisenden Urteils ansieht⁶⁾.

1) Auffarth ArbRdGgw 1972, 79

2) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm. 63; Frauenkron § 102 Anm. 15

3) Becker-Schaffner BLStSozArbR 1974, 291; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm. 20, unter ausdrücklicher Aufgabe der in der Voraufgabe geäußerten Ansicht; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm. 51; Schlochauer RdA 1973, 163 f.; Weber BB 1974, 703

4) So noch Fitting/Auffarth in der 10. Aufl. § 102 Anm. 23; vgl. auch Auffarth a.a.O., der ein besonderes gesetzliches zwischenzeitliches Vertragsverhältnis annimmt; außerdem Meisel Mitbest. S. 190; ders. DB 1972, 1677 f.; gegen diese Umschreibung sprechen vor allem terminologische Bedenken, da in der Arbeitsrechtswissenschaft als "faktisches Arbeitsverhältnis" derjenige Zeitraum angesehen wird, in dem trotz eines später nichtigen oder angefochtenen Arbeitsvertrages tatsächlich - "faktisch" - gearbeitet wurde.

5) Brecht § 102 Anm. 10

6) Gnade/Kehrmann/Schneider § 102 Anm. 23

Die abschließende Auseinandersetzung mit den verschiedenen Meinungen und eine eigene rechtliche Beurteilung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses setzt voraus, daß zunächst die rechtliche Struktur des Rechtsverhältnisses festgelegt wird¹⁾.

Eine eingehende Würdigung des Wesens dieses Rechtsverhältnisses zwingt zusammen mit der gesetzlichen Formulierung, daß der Arbeitnehmer "bei unveränderten Arbeitsbedingungen" weiterzubeschäftigen ist, zu dem Schluß, daß von vornherein alle diejenigen Meinungen auszuschließen sind, die das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses leugnen. Das Weiterbeschäftigungsverhältnis beinhaltet nämlich sämtliche wesentlichen Kriterien eines Arbeitsverhältnisses²⁾. Vor allem erfüllt der Arbeitnehmer nach wie vor die Bedingung der abhängigen Arbeit im Dienste des Arbeitgebers³⁾. Mit der Feststellung, daß das Weiterbeschäftigungsverhältnis alle Kriterien eines Arbeitsverhältnisses beinhaltet, kann man sich jedoch nicht begnügen. Es wird nämlich die Meinung vertreten, dieses Arbeitsverhältnis sei ein Schuldverhältnis besonderer Art⁴⁾. Diese Bezeichnung fordert zwar für sich gesehen noch nicht zu einer eingehenderen Kritik heraus.

Problematisch wird diese Begriffsbestimmung

1) So zu Recht Hoechst AuR 1973, 333; Lepke DB 1975, 499

2) Zu diesen Kriterien vgl. Hueck/Nipperdey I S.115; Nikisch I S.164 f.; Schaub Hb. S.83 ff.

3) In diesem Sinne Hoechst a.a.O.

4) So vor allem Auffarth ArbRdGgw 1972, 79; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.63; Frauenkron § 102 Anm.15; Schlochauer RdA 1973, 163 f.; Weber BB 1974, 703

jedoch, wenn manche Autoren¹⁾ daran die Folgerung knüpfen, aus dem Weiterbeschäftigungsverhältnis ließen sich keinerlei Rechte ableiten, die von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig sind²⁾. Eine derartige Auffassung kann aber weder auf den Wortlaut des § 102 Abs.5 gestützt werden, noch ergibt sie sich zwingend aus Sinn und Zweck dieser Vorschrift. Rein terminologisch ist es vielmehr naheliegender, die Formulierung "bei unveränderten Arbeitsbedingungen" dergestalt zu interpretieren, daß damit auch Ansprüche, die von der Dauer der Beschäftigung abhängig sind, erhalten bleiben³⁾.

Außerdem - und dieses Argument scheint mir noch entscheidender zu sein - ist es interessengerechter, den Arbeitnehmer, der kurz vor der Erreichung eines von der Beschäftigungsdauer abhängigen Anspruchs steht, gegen möglicherweise mutwillige Kündigungen zu schützen als die für den Arbeitgeber unter Umständen nachteiligen Auswirkungen des Weiterbeschäftigungsanspruchs aufzuheben. Man wende nicht ein, der Arbeitgeber sei durch eine derartige Interpretation des § 102 Abs.5 der Willkür des Arbeitnehmers ausgesetzt. Treibt der Arbeitnehmer nämlich mit der Ausübung seines Anspruchs Mißbrauch, so ist der Arbeitgeber durch die Möglichkeiten der einstweiligen Verfügung gem. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 ausreichend geschützt.

Die hier vertretene Auslegung weist gewisse Übereinstimmungen mit der Ansicht auf, die das Weiterbeschäftigungsverhältnis als eine Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses betrachtet⁴⁾.

1) Becker-Schaffner BStSozArbR 1974, 292; Schlochauer RdA 1973, 164; Weber BB 1974, 703; a.A. Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.51

2) Kritisch dazu Hoechst AuR 1973, 333

3) So Hoechst a.a.O.

4) So vor allem Gnade/Kehrmann/Schneider § 102 Anm.23; vgl. auch Kraft a.a.O. Anm.52

Kritik erfährt diese Betrachtungsweise vor allem deshalb, weil der jetzt gültige Gesetzeswortlaut nicht - wie der CDU/CSU-Entwurf¹⁾ - von einem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses spricht, sondern die Rechtsfolge anordnet, daß der Arbeitnehmer bei unveränderten Arbeitsbedingungen w e i t e r z u b e s c h ä f t i g e n sei. An diese Veränderung der Formulierung wird die Schlußfolgerung geknüpft, das ursprüngliche Arbeitsverhältnis müsse beendet sein, ein neues, durch Gesetz begründetes Vertragsverhältnis sei entstanden²⁾. Wie bereits erwähnt, muß eine derartige an sich vertretbare Interpretation vor allem deshalb auf Bedenken stoßen, weil sie zum Anlaß genommen wird, dem Arbeitnehmer Ansprüche, die mit der Dauer seiner Beschäftigungszeit zusammenhängen, zu versagen. Nachdem bereits die Schlußfolgerung als nicht zwingend erkannt wurde, ergeben sich auch gegen die Voraussetzungen schwerwiegende Bedenken. Diese resultieren in erster Linie aus dem Studium der Gesetzesmaterialien. Wie bereits mehrfach erwähnt, ging es dem Gesetzgeber primär um einen wirksamen Bestandschutz des Arbeitsplatzes. Dieses Streben nach Sicherung läßt es als undenkbar erscheinen, daß eine Regelung beabsichtigt gewesen sein könnte, durch die der Arbeitnehmer Ansprüche, die mit der Dauer seiner Beschäftigung zusammenhängen, dadurch verliert, daß die Zeit der Weiterbeschäftigung praktisch nicht als Beschäftigungszeit angerechnet wird. Diese Auslegung geht zwar mit der Regelung des § 4 KSchG konform, nach der eine Kündigung mit dem Ende der Kündigungsfrist

1) Vgl. § 39 Abs.3 BT-Drucks.VI/1806 S.9

2) So insbesondere Schlochauer RdA 1973,163 f.;
Weber BB 1974,703

wirksam wird. Man muß aber dem Gesetzgeber das Recht zugestehen, von Rechtswirkungen dieser Vorschrift unter gewissen Umständen abzuweichen¹⁾. In diesem Sinne ist auch die Formulierung im Oppositionsentwurf zu verstehen, nach der das Arbeitsverhältnis fortbestehen soll. Diese Klausel bliebe ein nahezu bedeutungsloses Postulat, wenn von ihr in Wirklichkeit die Rückwirkung eines klageabweisenden Urteils in keiner Weise berührt würde²⁾. Wenn nun der Gesetzgeber die Fassung des § 39 Abs.3 des CDU/CSU-Entwurfs in der jetzt vorliegenden Form modifiziert hat, so kann er damit - unter Berücksichtigung seiner Intention nach einem effektiven Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses - nur beabsichtigt haben, die mit dem Oppositionsentwurf verbundenen Nachteile - namentlich die Möglichkeit der Freistellung von der Arbeitsleistung bei Lohnfortzahlung - auszuräumen. Die terminologischen Veränderungen sollten jedoch nichts an den Bestrebungen ändern, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu sichern. Das Weiterbeschäftigungsverhältnis stellt sich somit nach der hier vertretenen Auffassung als ein gesetzliches - durch § 102 Abs.5 - begründetes Arbeitsverhältnis dar, durch das das ursprüngliche Arbeitsverhältnis nahtlos³⁾ fortgesetzt wird⁴⁾.

1) So ist Stahlhacke KSchG Rdnr.146 offensichtlich zu verstehen.

2) Das übersieht anscheinend Weber BB 1974,703, wenn er mit dieser Argumentation die Auffassung von Gnade/Kehrmann/Schneider § 102 Anm.23 - das Weiterbeschäftigungsverhältnis sei eine Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses - kritisiert.

3) Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.20 und 23

4) Ähnlich Auffarth ArbRdGgnw 1972,79;vgl.auch Gnade/Kehrmann/Schneider a.a.O. und Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.52;dagegen neuerdings Becker-Schaffner B1StSozArbR 1974,291

Weist das Gericht die Kündigungsschutzklage rechtskräftig ab, wird die Fiktion des § 4 KSchG insofern modifiziert, als die Zeit der Weiterbeschäftigung auf Ansprüche, die infolge der Dauer der Beschäftigung entstehen, voll anzurechnen ist^{1) 2)}.

3.3. Zum Begriff der unveränderten Arbeitsbedingungen

Zu klären bleibt, was der Gesetzgeber unter der Forderung versteht, der Arbeitnehmer sei "bei unveränderten Arbeitsbedingungen" weiterzubeschäftigen. Daß durch diese Klausel eine echte Pflicht zur Weiterbeschäftigung begründet wurde, von der sich der Arbeitgeber nicht unter Lohnfortzahlung entbinden lassen kann, wurde zuvor bereits festgestellt. Trotzdem läßt der Begriff der unveränderten Arbeitsbedingungen noch eine Reihe von Auslegungsmöglichkeiten offen. Man wird jedoch generell sagen müssen, daß Sinn und Zweck dieser Bestimmung verlangen, den Arbeitnehmer weder besser noch schlechter zu stellen als einen Arbeitnehmer im ungekündigten Arbeitsverhältnis³⁾. Das beinhaltet zunächst die unver-

- 1) Der Forderung von Hueck/Hueck KSchG Einl. S.45, die Auslegung der Rechtsnatur des Weiterbeschäftigungsverhältnisses habe sich so nah wie möglich an das Recht der Kündigung und ihrer Wirkung zu halten, wird damit ausreichend Rechnung getragen. Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß auch das KSchG ein Bestandsschutzgesetz ist, wie Stahlhacke KSchG Rdnr. 146 richtig feststellt.
- 2) Wie hier Hoechst AuR 1973, 333; vgl. auch DGB-Kommentar Die Quelle 1972, 121; Kitzelmann BUV 1972, 218; ausdrücklich anders Frauenkron § 102 Anm. 16; Schlochauer RdA 1973, 164; Weber BB 1974, 703
- 3) Auffarth ArbRdGgnw 1972, 80; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm. 20; ähnlich Kraft GK-BetrVG § 102 Anm. 52

änderte Zahlung des Arbeitsentgelts¹⁾. Ändern sich die Arbeitsbedingungen durch Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, wirken sich diese Änderungen auch auf das Weiterbeschäftigungsverhältnis aus²⁾. Zulässig dürfte es sein, den Arbeitnehmer auf einem anderen vergleichbaren Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen weiterzubeschäftigen, soweit bei einer derartigen Umsetzung³⁾ oder Versetzung⁴⁾ die arbeitsvertraglichen Bestimmungen und die Vorschriften des BetrVG beachtet werden⁵⁾. Hingegen dürfte z.B. die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes, an dem Schichtarbeit geleistet werden muß oder der Wechsel in eine andere Schicht nicht mehr mit dem Begriff der unveränderten Arbeitsbedingungen vereinbar sein.

Diese Ausführungen mögen verdeutlichen, daß es weniger auf eine erschöpfende Definition der gesetzgeberischen Formulierung ankommt, sondern daß jeweils im Einzelfall zu klären ist, ob eine Maßnahme des Arbeitgebers eine Veränderung - sprich: Verschlechterung - der Arbeitsbedingungen zur Folge hat oder nicht.

3.4. Die Dauer der Weiterbeschäftigungspflicht

§ 102 Abs.5 ordnet an, daß die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum rechtskräftigen

1) Fitting/Auffarth/Kaiser II § 102 Anm.15; Schlochauer RdA 1973, 164

2) Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.52; Schlochauer a.a.O.

3) Bei der Umsetzung handelt es sich um eine vorübergehende Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, der hinsichtlich Arbeitsplatz, Arbeitsverrichtung und Arbeitsumgebung keine erhebliche Änderung aufweist. So Fitting/Auffarth/Kaiser I § 99 Anm.13

4) Die Legaldefinition der Versetzung findet sich in § 95 Abs.3. Zur Abgrenzung gegenüber der Umsetzung vgl. BT-Drucks. VI/1786 S.50 und Dietz/Richardi § 99 Rdnr.33

5) Hanau BB 1972, 455; Meisel Mitbest. S.189

Abschluß des Rechtsstreits zu erfolgen hat. Trotz Ablaufs der Kündigungsfrist kommt es somit nicht zur Beendigung des Vertragsverhältnisses. Diese tritt vielmehr erst mit der Rechtskraft des Urteils, das die Kündigung für sozial gerechtfertigt erklärt, ein¹⁾.

Es soll nicht unerwähnt bleiben, daß bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage möglicherweise etliche Jahre vergehen können. Die sich daraus für den Arbeitgeber unter Umständen ergebenden Nachteile²⁾ dürfen jedoch nicht zu einer Beschneidung des Weiterbeschäftigungsanspruchs führen. Man wird vielmehr davon ausgehen müssen, daß § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 dem Arbeitgeber ein genügendes Instrumentarium zur Verfügung stellt, um Unbilligkeiten auszuschalten. Andererseits ist jedoch daran festzuhalten, daß - abgesehen von dem Mittel der einstweiligen Verfügung - dem Arbeitgeber keine andere Möglichkeit zur Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht gewährt werden kann³⁾.

Auf Grund dieser Erwägungen ist auch die verschiedentlich⁴⁾ geäußerte Auffassung, die Beschäftigungspflicht entfalle, wenn ihr zwingende betriebliche oder personelle Gründe entgegenstehen, abzulehnen⁵⁾. Vielmehr wird der Arbeitgeber bei

1) Kitzelmann BUV 1972,218; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.51; Raatz DB 1972 Beilage zu Heft 1 S.12

2) Darauf weisen zu Recht Gumpert BB 1972,50 und Kitzelmann a.a.O. hin.

3) So zu Recht Fuchs AuR 1973,175

4) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.62, die sich aber zu Unrecht auf Stahlhacke B1StSozArbR 1972,59 berufen. Außerdem: Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.20; Meisel DB 1972,1677

5) In diesem Sinne auch Fuchs a.a.O.

dieser Sachlage durch die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung ebenfalls ausreichend geschützt. Liegen nämlich die von den Vertretern der dargestellten Ansicht geforderten zwingenden betrieblichen oder personellen Gründe, die ein "berechtigtes Interesse"¹⁾ für die Ablehnung der Weiterbeschäftigung durch den Arbeitgeber erzeugen sollen, vor, so wird damit gleichzeitig in aller Regel einer der Tatbestände des § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 erfüllt sein. Bei betrieblichen Gründen ist zumeist die Ziff.2 einschlägig, während bei personellen Ursachen die in Ziff.1 aufgeführte Fallgruppe weiterhilft. Macht man mit der Forderung, daß wirklich zwingende Tatbestände gegen eine Weiterbeschäftigung sprechen müssen, ernst, so bleibt schließlich das Recht des Arbeitgebers zur außerordentlichen Kündigung unberührt²⁾. Falls somit das Gericht dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht stattgibt, ist daran festzuhalten, daß die Weiterbeschäftigungspflicht regelmäßig bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits besteht, § 102 Abs.5 Satz 1.

Andererseits kann sich auch der Arbeitnehmer nicht einseitig, z.B. durch Verzicht, aus dem Weiterbeschäftigungsverhältnis lösen³⁾. Da zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages weiterhin ein Arbeitsverhältnis - nämlich das Weiterbeschäftigungsverhältnis - besteht, gelten deshalb die daraus resultierenden Rechte und Pflichten fort. Dem Arbeitnehmer das Recht zuzugestehen, jederzeit die Arbeit niederlegen zu können, müßte damit zwangsläufig kollidieren. Ein derartiges Ver-

1) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.62

2) So sind wohl auch Göttling/Hoentges/Zepp RdA 1972,286 zu verstehen.

3) Brede BlStSozArbR 1973,19

halten des Arbeitnehmers zieht deshalb eine Schadensersatzverpflichtung nach sich¹⁾. Unbenommen bleibt hingegen das Recht des Arbeitnehmers unter Einhaltung der Kündigungsfrist ordentlich zu kündigen oder sich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos aus dem Arbeitsverhältnis zu lösen²⁾. Allerdings ist bei einer derartigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer streitig, welche Auswirkungen das auf die Kündigungsschutzklage hat. Verschiedentlich wird die Meinung vertreten, in einem solchen Falle sei die Kündigungsschutzklage mangels Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen³⁾. Höchst⁴⁾ weist demgegenüber jedoch darauf hin, daß der Arbeitnehmer sehr wohl ein Interesse daran haben kann, die Weiterbeschäftigung aufzugeben, ohne gleichzeitig die Klage zurückzunehmen. Ein solches schutzwürdiges Interesse ist z.B. vorhanden, wenn sich der Arbeitnehmer bei einem unsicheren Ausgang des Kündigungsschutzprozesses vorsorglich um einen anderen Arbeitsplatz bemüht, um bei einer für ihn negativen Entscheidung des Gerichts nicht plötzlich arbeits- und dadurch mittellos zu sein. Auf Grund dieser Erwägung kann der Ansicht, die ein Rechtsschutzinteresse bei der geschilderten Fallkonstellation leugnet, nicht gefolgt werden. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß das Gericht nach wie vor über die Kündigungsschutzklage zu entscheiden hat.

1) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.63; Meisel DB 1972, 1678; Stahlhacke KSchG Rdnr.148

2) Brede BlStSozArbR 1973, 19; Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.; Gnade/Kehrman/Schneider § 102 Anm.23; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.52; Stahlhacke BlStSozArbR 1972, 59

3) Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.; Meisel a.a.O.; Stahlhacke KSchG Rdnr.148

4) AuR 1973, 333

4. Die Behandlung des Weiterbeschäftigungsanspruchs bei besonderen Fallgestaltungen

4.1. Zur Frage der Anwendbarkeit des § 102 Abs.5 auf Änderungskündigungen

Wegen der erheblichen praktischen Bedeutung der Änderungskündigung ist die Beantwortung der Frage von besonderem Interesse, ob auf sie die Vorschrift des § 102 Abs.5 Anwendung findet.

4.1.1. Der Begriff der Änderungskündigung

Der Begriff der Änderungskündigung taucht gesetzlich erstmals im ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969¹⁾ auf, durch das in das KSchG eine besondere Bestimmung über den Kündigungsschutz bei Änderungskündigungen eingeführt wurde. Die arbeitsrechtliche Literatur und die Rechtsprechung haben diesen Terminus allerdings schon früher verwendet²⁾ und zwar in dem Sinne, daß es sich um eine unbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses, verbunden mit dem Angebot eines neuen Arbeitsvertrages veränderten Inhalts³⁾, handelt⁴⁾. In Anlehnung an diese Umschreibung lautet die Legaldefinition in § 2 KSchG : "Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis und bietet er dem Arbeitnehmer mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeits-

1) BGBl. 1969 I S.1106

2) Vgl.z.B. Bobrowski/Gaul LB S.38 A III 12; Gumpert BB 1969,409; Hueck/Nipperdey I S.549 f.

3) Hanau/Adomeit S.208; Schwarz NWB Fach 26 S.1189; Weber BB 1974,700

4) Diese Form der Änderungskündigung bringt das vom Arbeitgeber Gewollte besonders klar zum Ausdruck. Allgemein wird es aber noch als zulässig angesehen, wenn der Arbeitgeber die Form einer unter eine Potestativbedingung gestellte Kündigung wählt; vgl. Meisel BB 1973, 944; Schwedes RdNr. 335 f.

verhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen an, so kann der Arbeitnehmer dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs.2 Satz 1, Abs.3 Satz 1 und 2 KSchG)". Diese Ausführungen erhellen, daß der Arbeitgeber mit der Änderungskündigung - im Gegensatz zur Entlassungskündigung - primär auf eine Änderung der mit dem Arbeitnehmer vereinbarten arbeitsvertraglichen Bedingungen abzielt, und eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur dann erreichen will, wenn der Arbeitnehmer auf dieses Angebot nicht eingeht¹⁾.

4.1.2. Abgrenzung der Änderungskündigung von anderen Formen der Änderung der Arbeitsbedingungen

Um Mißverständnissen vorzubeugen, muß die Änderungskündigung scharf von anderen Formen der Änderung der Arbeitsbedingungen abgegrenzt werden.

4.1.2.1. Zur Änderung von Arbeitsbedingungen durch einseitige Erklärung des Arbeitgebers

Auf Grund seines Direktionsrechts²⁾ ist der Arbeitgeber befugt, mittels einseitiger Weisungen die Arbeitsbedingungen festzusetzen bzw. sie zu ändern. Dadurch wird der Arbeitgeber z.B. in die Lage versetzt, Ort und Art der Arbeitsleistung zu bestimmen. Begrenzt wird dieses Direktionsrecht zunächst durch den Arbeitsvertrag.

1) In diesem Sinne Meisel BB 1973, 944

2) Vgl.dazu Birk AR-Blattei 1974 (D) Direktionsrecht I I Übersicht

Auch betriebsverfassungsrechtliche Beschränkungen können eingreifen, wenn auf Grund einer Versetzung oder Umgruppierung mitwirkungs- oder mitbestimmungspflichtige Tatbestände (z.B. § 99) vorliegen. Schließlich sind auch durch die Rechtsprechung des BAG¹⁾ Grundsätze entwickelt worden, die auf eine Einschränkung des Direktionsrechts hinauslaufen. Will der Arbeitgeber Maßnahmen ergreifen, die diese Grenzen des Weisungsrechts überschreiten, muß er sich einer Änderungskündigung bedienen²⁾, die eine rein faktische Einwirkungsmöglichkeit auf das Arbeitsverhältnis darstellt³⁾.

4.1.2.2. Die Änderung der Arbeitsbedingungen im beiderseitigen Einvernehmen

Eine Änderungskündigung ist selbstverständlich dann nicht erforderlich, wenn die Arbeitsvertragsparteien die Arbeitsbedingungen im gegenseitigen Einvernehmen ändern. Das Recht, den Arbeitsvertrag jederzeit durch zweiseitige Vereinbarungen ergänzen oder abändern zu können, folgt aus dem

1) Das allgemeine Weisungsrecht des Arbeitgebers umfaßt nicht die Befugnis zur Versetzung des Angestellten auf einen anderen Arbeitsplatz mit geringerer Entlohnung, auch wenn die bisherige Vergütung fortgezahlt wird, BAG RdA 1959, 119 f. und BAGE 17, 241. Der Arbeitgeber kann aber auf Grund seiner Fürsorgepflicht gehalten sein, einen Arbeitnehmer an einem anderen als dem vereinbarten Dienstort zu beschäftigen, wenn das durch in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe geboten und dem Arbeitgeber zumutbar ist, BAGE 7, 321. Ein umfassenderes Weisungsrecht gilt im Bereich des Öffentlichen Dienstes, BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB (Direktionsrecht).

2) Meisel BB 1973, 944

3) Birk AR-Blattei 1974 (D) Direktionsrecht I
I Übersicht 8. Forts.-Blatt

im Schuldrecht geltenden Prinzip der Vertragsfreiheit¹⁾. Auch in diesem Falle bleibt jedoch auf der kollektiven Ebene ein etwaiges Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unberührt²⁾.

4.1.2.3. Die Teilkündigung

Letztlich ist die Änderungskündigung noch von der sogenannten Teilkündigung abzugrenzen. Eine solche liegt vor, wenn lediglich ein Teil der arbeitsvertraglichen Regelungen, z.B. Zulagen oder Provisionen, die vom Arbeitgeber auf Grund einzelvertraglicher Abmachungen gewährt werden³⁾, selbständig aufgehoben werden soll⁴⁾. Da jedoch in einem Arbeitsvertrag - wie auch in anderen Verträgen - die einzelnen Abreden miteinander verknüpft sind, ist ein derartiger einseitiger Eingriff in ein bestehendes Vertragsverhältnis als Verstoß gegen die Vertragsautonomie zu bewerten und deshalb im allgemeinen - vorbehaltlich ausdrücklicher anderer Vereinbarungen der Vertragspartner - als unzulässig anzusehen⁵⁾.

4.1.3. Kollision von § 102 Abs.5 und § 2 KSchG bei Änderungskündigungen ?

§ 102 Abs.1 Satz 1 stellt fest, daß der Betriebsrat vor jeder Kündigung gehört werden muß. Für den Fall eines Verstoßes gegen diese Bestimmung

1) Vgl. zu diesem Grundsatz Larenz LB AT S.432

2) Meisel BB 1973,944

3) Vgl. das Beispiel von Schwarz NWB 1973 Fach 26 S.1189

4) Hueck/Hueck KSchG § 2 Rdnr.5; Meisel a.a.O.

5) H.M. vgl. Gumpert BB 1969,409 ff.; G.Hueck RdA 1968,201 ff.; Stahlhacke KSchG Rdnr.28; a.A. Joachim RdA 1957,326 ff.

ordnet § 102 Abs.1 Satz 3 die Unwirksamkeit der Kündigung an. Da auch eine Änderungskündigung - bei einer Ablehnung der angebotenen Vertragsänderungen - die Lösung des Arbeitsverhältnisses herbeiführt, sind die genannten Regelungen grundsätzlich auch auf Änderungskündigungen anwendbar¹⁾. Daraus folgt, daß der Betriebsrat der Änderungskündigung zustimmen, gegen sie Bedenken erheben (§ 102 Abs.2 Satz 1), oder ihr aus den in § 102 Abs.3 aufgeführten Gründen widersprechen kann²⁾. Zu klären bleibt, welche Folgen der Widerspruch des Betriebsrats gegen eine Änderungskündigung auslöst. Genauer gesagt geht es um die Frage, ob auch in diesem Fall ein Weiterbeschäftigungsanspruch zugunsten des Arbeitnehmers entstehen kann.

Eine Auffassung in der Literatur³⁾ geht von einem Gesetzeswiderspruch zwischen § 102 Abs.5 und § 2 KSchG dergestalt aus, daß nach der Regelung des BetrVG der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung zu den alten - vor der Kündigung geltenden - Konditionen verlangen kann, während er gemäß der einschlägigen Vorschrift des KSchG zu den geänderten Arbeitsbedingungen weiterarbeiten muß. Teilweise⁴⁾ wird aus dieser Prämisse die Nichtanwendbarkeit des § 102 Abs.5 hergeleitet, andere Stimmen⁵⁾ halten in diesem Falle die Regelung in § 99 für sachgerechter.

1) Bleistein InfStuWi 1973,271; Gnade/Kehrmann/Schneider § 102 Anm.25; Küchenhoff § 102 Anm.2; Meisel BB 1973,945; Stege/Weinspach S.375; a.A. Kallmeyer DB 1973,971

2) In diesem Sinne z.B. Dietz/Richardi § 102 Rdnr.73; Hanau BB 1972,455; Schwarz NWB 1973 Fach 26 S.1190; vgl. aber auch Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.2 a,bb

3) Gumpert BB 1972,51; Rewolle DB 1973,186

4) Kallmeyer a.a.O.S.970; Raatz DB 1972 Beilage zu Heft 1 S.12

5) Fitting/Auffarth/Kaiser I a.a.O.Anm.2 a; Hanau a.a.O.; Kallmeyer a.a.O. S.971

Diese Auffassungen können nicht befriedigen. Sie übersehen nämlich, daß sowohl in § 2 KSchG als auch für die Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs eine eindeutige Erklärung des Arbeitnehmers verlangt wird. Wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und dem Arbeitnehmer zugleich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet, kann der Arbeitnehmer dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist, §§ 2 Satz 1, 1 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 und 2 KSchG. Wird dieser Vorbehalt innerhalb der in § 2 Satz 2 KSchG genannten Frist erklärt, beschränkt sich der Rechtsstreit auf die Änderung der Arbeitsbedingungen, §§ 2, 4 Satz 2, 8 KSchG. Liegen hingegen die übrigen Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 vor, so entsteht der Anspruch des Arbeitnehmers erst dann, wenn dieser die Weiterbeschäftigung ausdrücklich verlangt. Das in § 102 Abs. 5 verankerte Recht steht somit nicht etwa dem Betriebsrat unabhängig vom einzelnen Arbeitnehmer zu¹⁾. Der Widerspruch des Betriebsrats ist vielmehr - wie sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergibt - lediglich als eine Voraussetzung dafür anzusehen, daß der Arbeitnehmer sein Begehren gem. § 102 Abs. 5 stellen kann²⁾. Für die Beantwortung der eingangs aufgeworfenen Frage, ob dem Arbeitnehmer auch im Falle einer Änderungskündigung ein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht, kommt es demnach entscheidend auf das Verhalten des Betroffenen an.

1) So aber Gumpert BB 1972, 51; dagegen Kraft GK-BetrVG § 102 Anm. 54; Meisel BB 1973, 947

2) Weber BB 1974, 700; zustimmend Böhm BB 1974, 1642

Akzeptiert er das Angebot des Arbeitgebers, wenn auch nur unter dem Vorbehalt, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist, so erklärt er damit seine Bereitschaft, nach Ablauf der Kündigungsfrist zu den veränderten Konditionen weiterarbeiten zu wollen. Gewinnt der Arbeitnehmer den Prozeß, gilt die Änderungskündigung als von Anfang an rechtsunwirksam, § 8 KSchG. Stellt das Arbeitsgericht hingegen fest, daß die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt ist, werden die veränderten Arbeitsbedingungen als von Anfang an rechtswirksam angesehen¹⁾.

Aus der Fassung des § 2 KSchG (er "kann" das Angebot annehmen), ergibt sich bereits das Recht des Arbeitnehmers zur Ablehnung des Arbeitgeberangebots²⁾. In diesem Falle wird im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses nicht mehr die soziale Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingungen, sondern nur noch der Kündigung als solcher beurteilt³⁾. Nur bei einer derartigen Klage auf Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst ist, kommt nach dem Wortlaut des § 102 Abs. 5 ein Weiterbeschäftigungsanspruch in Betracht⁴⁾. Dadurch, daß der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung bei unveränderten Arbeitsbedingungen verlangt, macht er deutlich, das Angebot des Arbeitgebers nicht annehmen zu wollen. Die Regelung über die Weiterbeschäftigungspflicht gilt deshalb für eine Änderungskündigung nur dann, wenn der

1) Meisel BB 1973, 947; Schwarz NWB 1973 Fach 26 S. 1190

2) Stahlhacke KSchG Rdnr. 120

3) Becker-Schaffner B1StSozArbR 1974, 292; Schwedes Rdnr. 351

4) Dietz/Richardi § 102 Rdnr. 73; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm. 54

Arbeitnehmer die Offerte des Arbeitgebers nach § 2 KSchG ablehnt¹⁾).

- 4.2. Kann der Arbeitgeber der Weiterbeschäftigungspflicht dadurch entgehen, daß er eine außerordentliche Kündigung mit einer vorsorglichen ordentlichen Kündigung verbindet ?

Ein weiteres Problem bei der Anwendung des § 102 Abs.5 taucht auf, wenn der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung mit einer vorsorglichen ordentlichen Kündigung verbindet.

Aus § 102 Abs.1 und 2 ergibt sich, daß der Betriebsrat auch bei außerordentlichen Kündigungen sowohl ein Anhörungsrecht besitzt als auch Bedenken äußern kann. Die Beschränkung des § 102 Abs.5 Satz 1 auf ordentliche Kündigungen rechtfertigt jedoch den Schluß, daß dem Arbeitnehmer bei Auspruch einer außerordentlichen Kündigung kein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht²⁾. Diese Einschränkung könnte die Arbeitgeberseite dazu veranlassen, außerordentliche Kündigungen jeweils mit einer ordentlichen Kündigung zu verbinden³⁾,

1) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.73; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.65; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.2 a,aa; Hanau BB 1972,455; Hessel AR-Blattei 1974 (D) Kündigungsschutz I A, I A Änderungskündigung 7.Forts.-Blatt; Hueck/KSchG § 2 Rdnr.31; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.54; Meisel Mitbest.S.202; ders.BB 1973,947; Schlochauer RdA 1973,162; Schwarz NWB 1973 Fach 26 S.1190; Schwedes Rdnrn.234 und 356; ders.StuWi-Kurzpost 1972,1385; a.A.Brede BlStSozArbR 1973,19; Rewolle DB 1973,187; vgl.auch Gumpert BB 1972,51; ausnahmsweise besteht nach Richardi DB 1974,1339 ein Weiterbeschäftigungsanspruch auch bei Annahme des Änderungsangebots, wenn mit der Änderung der Arbeitsbedingungen eine Versetzung herbeigeführt wird, zu der der Betriebsrat bereits nach § 99 seine Zustimmung versagt hat. Dem schließt sich Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974,292 an.

2) Für alle Göbel BlStSozArbR 1971,25; kritisch Adomeit DB 1971,2363

3) Zur Zulässigkeit solcher Maßnahmen vgl.BAG BB 1959,83; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.20 a

um einerseits der unerwünschten Weiterbeschäftigungsverpflichtung zu entgehen, andererseits jedoch das Prozeßrisiko bei einer Unwirksamklärung der außerordentlichen Kündigung möglichst gering zu halten. Trotz der damit verbundenen Gefahr, daß seitens des Arbeitgebers von dieser Möglichkeit öfter als bisher Gebrauch gemacht werden könnte, wird ein derartiges Vorgehen von der herrschenden Meinung gebilligt¹⁾. Lediglich in Mißbrauchsfällen soll Abhilfe geschaffen werden²⁾. Eine Empfehlung, wie bei dieser Sachlage verfahren werden könnte, wird aber nicht gegeben. Auch der Hinweis, eine beabsichtigte reine Umgehung der Weiterbeschäftigungsverpflichtung verstieße unter Umständen gegen den in § 2 Abs.1 niedergelegten Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat³⁾, löst die Problematik kaum, da vor allem die Rechtsposition des einzelnen Arbeitnehmers in Frage steht. Weber⁴⁾ weist demgegenüber zu Recht darauf hin, daß eine Weiterbeschäftigung unter den geschilderten Umständen im Falle eines für den Arbeitnehmer positiven Ausgangs seiner Klage gegen die außerordentliche Kündigung kaum zu realisieren wäre⁵⁾. Während der Dauer des Rechtsstreits besteht nämlich für den Arbeitgeber kein Hinderungsgrund, den infolge der außerordentlichen

1) LAG Frankfurt EzA § 102,1 (Beschäftigungspflicht); Becker-Schaffner B1StSozArbR 1974,289; Hueck-Hueck KSchG Einl.S.43; Meisel Mitbest. S.184; Richardi ZfA-Sonderheft 1972,29; Stahlhacke KSchG Rdnr.147; undeutlich Adomeit DB 1971,2363

2) So insbesondere Stahlhacke a.a.O.

3) So argumentiert Schlochauer RdA 1973,161; ähnlich Gnade/Kehrmann/Schneider § 102 Anm.21

4) BB 1974,699; vgl. auch Gester/Zachert ArbRdGgnw 1974,104 f.

5) Darauf liefen die Unternehmerstrategien zur Umgehung des § 102 Abs.5 aber gerade hinaus, wie die Protokolle einer Gesprächsveranstaltung des BDA vom 6.11.1971 beweisen, vgl. dazu Keßler KJ 1972,90

Kündigung mit sofortiger Wirkung freigewordenen Arbeitsplatz anderweitig zu besetzen.

Ein solches Verfahren ist mit den Intentionen des Gesetzgebers nicht zu vereinbaren. Es müssen deshalb alle Möglichkeiten zur Umgehung des § 102 Abs.5 unterbunden werden, damit dem Grundgedanken dieser Vorschrift - nämlich dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung im Falle einer ordentlichen Kündigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage zu sichern - Rechnung getragen werden kann. Ein wirksames Vorgehen in diesem Sinne ist aber erst dann denkbar, wenn nicht nur das Interesse des Arbeitgebers - eine außerordentliche Kündigung vorsorglich durch eine ordentliche zu stützen - berücksichtigt¹⁾, sondern auch das Anliegen des Arbeitnehmers in die Erwägungen miteinbezogen wird, daß ihm bei einer ordentlichen Kündigung der Schutz des § 102 Abs.5 zukommt²⁾.

Für die danach erforderliche Interessenabwägung ist davon auszugehen, daß der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung in aller Regel deshalb ausspricht, weil die Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für ihn unzumutbar ist und ein wichtiger Grund vorliegt. Der Arbeitgeber hat in einem solchen Fall ein berechtigtes Interesse daran, das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu beenden.

Wenn er jedoch eine außerordentliche Kündigung mit einer vorsorglichen ordentlichen Kündigung verbindet, deutet er damit an, das Fehlverhalten des Arbeitnehmers nicht als derart schwerwiegend zu bewerten, daß eine weitere Zusammenarbeit völlig untragbar erscheint. Durch sein gemäßigtes

1) So einseitig aber Schlochauer RdA 1973,161

2) In diesem Sinne Weber BB 1974,699

Vorgehen räumt der Arbeitgeber somit ein, den Arbeitnehmer "notfalls"¹⁾ bis zum Ende der Kündigungsfrist weiterbeschäftigen zu wollen. Bei der geschilderten Fallkonstellation verdrängt demnach die Weiterbeschäftigungspflicht die möglicherweise vorliegende Unzumutbarkeit²⁾. Abgesehen davon, daß der Arbeitgeber durch die Verbindung zweier Kündigungserklärungen die anzustellenden Zumutbarkeitserwägungen selbst relativiert³⁾, spricht auch der Grundsatz der Bestimmtheit der Kündigungserklärung⁴⁾ dafür, daß die Ungewißheit, ob eine ordentliche, eine außerordentliche oder gar keine Kündigung vorliegt, nicht zu Lasten des Arbeitnehmers gehen darf⁵⁾. Der Arbeitgeber kann nämlich jederzeit durch eine einfache fristlose Kündigung der Weiterbeschäftigungspflicht entgehen. Spricht er jedoch - z.B. um das Prozeßrisiko möglichst gering zu halten - neben einer außerordentlichen noch eine ordentliche Kündigung aus, unterliegt er der durch § 102 Abs.5 angeordneten Rechtsfolge⁶⁾.

Gegen diese Auffassung läßt sich auch nicht anführen, daß - nachdem das Umdeutungsverbot des früheren § 11 KSchG weggefallen ist - die Umdeu-

1) Weber BB 1974,699

2) So ausdrücklich Weber a.a.O.; vgl. auch Böhm BB 1974,1642; dagegen LAG Frankfurt EzA § 102,1 (Beschäftigungspflicht); Schlochauer RdA 1973,161

3) Weber a.a.O.

4) Vgl. dazu Schwedes RdNr.205 und 335; Stahlhacke KSchG RdNr.5

5) So zu Recht Weber a.a.O.; das übersieht Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974,290

6) ArbG Aalen EzA Nr.2 zu § 102; ArbG Villingen-Schwenningen BB 1972,615; Böhm a.a.O.; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.20 a; Hautmann/Schmitt S.189; Hinz BB 1974,1253; Hoechst AuR 1973,335; Weber a.a.O.

1) der fristlosen in eine fristgerechte Kündigung möglich ist. Zwar wird dadurch in den meisten Fällen in der fristlosen Kündigung eine fristgemäße zum nächstfolgenden Termin zu sehen sein²⁾. Daraus folgt aber keineswegs zwingend, daß diejenigen Meinungen, die einen Weiterbeschäftigungsanspruch bei der Verbindung einer außerordentlichen mit einer ordentlichen Kündigung annehmen, bei der Umdeutung gleichfalls die Anwendbarkeit des § 102 Abs. 5 bejahen müßten³⁾. In diesem Falle ist eben zunächst nur eine "unverbundene" außerordentliche Kündigung ausgesprochen worden. Dann muß aber der Grundsatz gelten, daß nur bei ordentlichen, nicht jedoch bei außerordentlichen Kündigungen ein Weiterbeschäftigungsanspruch entstehen kann. Nicht überzeugend ist schließlich auch das Argument, bei der Verbindung einer außerordentlichen mit einer ordentlichen Kündigung müsse der Weiterbeschäftigungsanspruch deshalb entfallen, weil § 102 Abs. 5 Satz 2 beweise, daß der Gesetzgeber "die Weiterbeschäftigungspflicht nicht unter allen Umständen erzwingen" wolle⁴⁾. Denn die Formulierung, daß in den dort aufgeführten Fällen der Arbeitgeber von seiner Pflicht "entbunden" werden kann, unterstreicht ja gerade, daß selbst bei Vorliegen dieser Tatbestände eine Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung zunächst einmal entsteht.

1) Zur Zulässigkeit der Umdeutung vgl. BAGE 23, 512 (515); BAG AP Nr. 11 zu § 11 KSchG; LAG Bayern ARSt 1973 Nr. 1028; LAG Düsseldorf DB 1975, 793; Schaub Hb. S. 482

2) Vgl. dazu Schwedes RdNr. 268

3) So aber das LAG Frankfurt EzA § 102, 1 (Beschäftigungspflicht)

4) In diesem Sinne argumentiert Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 290

4.3. Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn der Betriebsrat die Einlegung des Widerspruchs versäumt ?

Der Gesetzeswortlaut des § 102 Abs.5 macht die Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs unter anderem davon abhängig, daß der Betriebsrat gegen die vom Arbeitgeber ausgesprochene ordentliche Kündigung Widerspruch einlegt. Aus dieser gesetzlichen Verknüpfung¹⁾ des Widerspruchs eines Kollektivorgans mit der Entstehung eines Individualanspruchs ergibt sich zwangsläufig die Frage, ob der Arbeitnehmer seinen Anspruch aus § 102 Abs.5 auch dann geltend machen kann, wenn der Betriebsrat die Einlegung des Widerspruchs versäumt, obwohl die Tatbestandsvoraussetzungen eines (oder mehrerer) der in Abs.3 genannten Gründe vorliegen.

4.3.1. Betriebsverfassungsrechtliche Sanktionen

Da der Betriebsrat auf Grund seines Amtes dazu verpflichtet ist, das Mitbestimmungsrecht im Interesse der Arbeitnehmer auszuüben²⁾, liegt die Vermutung nahe, daß das BetrVG Verstöße gegen diese Verpflichtung mit Sanktionen belegt. Der einzelne Arbeitnehmer hat jedoch in einem solchen Fall betriebsverfassungsrechtlich kaum eine Handhabe. Lediglich bei einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigen³⁾ Pflichtverstoß besteht gem. § 23 Abs.1 die Möglichkeit, ein Betriebsratsmitglied auszuschließen bzw. den Betriebsrat

1) Kritisch dazu Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.60; Richardi ZfA-Sonderheft 1972,28; Schlochauer RdA 1973,162; Wisskirchen BABl. 1972,291

2) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.113

3) Fitting/Auffarth/Kaiser I § 23 Anm.16

aufzulösen. Diese Rechtsfolge setzt allerdings einen entsprechenden Antrag von mindestens einem Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer voraus.

4.3.2. Individualrechtliche Folgen für den einzelnen Arbeitnehmer

Zu klären bleibt, welche individualrechtlichen Folgen für den einzelnen Arbeitnehmer daraus entstehen, daß der Betriebsrat es versäumt, Widerspruch gegen eine ordentliche Kündigung einzulegen. Genauer gesagt geht es um die Frage, ob das Tätigwerden des Betriebsrats in der Weise als Voraussetzung für ein Eingreifen des § 102 Abs.5 anzusehen ist, daß ohne den Widerspruch der Arbeitnehmervertretung kein Weiterbeschäftigungsanspruch entsteht.

Obwohl anerkannt wird, daß es mit dem Grundgedanken der Beschäftigungspflicht kaum vereinbar ist, die vom Gesetzgeber intendierte besondere Sicherung des Arbeitsplatzes vom frist- und ordnungsgemäßen Widerspruch eines Kollektivorgans abhängig zu machen¹⁾ und somit den Weiterbeschäftigungsanspruch bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzung zu versagen, wird diese - mit dem Gesetzeswortlaut übereinstimmende - Interpretation durchweg vertreten²⁾.

Bedenken gegen die dargestellte Auffassung könnten sich aus der Überlegung ergeben, daß im Rahmen des § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG die dort aufgeführten Tatbestände sozial ungerechtfertigter Kündigungen - folgt man der gesetzgeberischen Formulierung - ebenfalls nur dann berücksichtigt wer-

1) So Göttling/Hoentges/Zepp RdA 1972,285; Richardi ZfA-Sonderheft 1972,28

2) Böhm BB 1974,1644;Dietz/Richardi § 102 Rdnr.113;Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.60; Hautmann/Schmitt S.188;Schlochauer RdA 1973, 162;Weber BB 1974,700

den, "wenn der Betriebsrat ... aus einem dieser Gründe der Kündigung ... widersprochen hat". Ausgehend vom Willen des Gesetzgebers, der auf eine Erweiterung bzw. Verbesserung des Kündigungsschutzes abzielte¹⁾, besteht jedoch trotz der Formulierung in § 1 Abs.2 KSchG weitgehend²⁾ Einigkeit darüber, daß die im Rahmen dieser Bestimmung aufgeführten Gründe - zumindest, soweit sie auch bisher schon berücksichtigt wurden - auch ohne Widerspruch des Betriebsrats im gleichen Umfang geprüft werden müssen. Diese Auffassung ist inzwischen durch die Entscheidung des BAG vom 13.9.1973³⁾ eindrucksvoll bestätigt worden. Ein Teil der Entscheidungsgründe wurde bereits an anderer Stelle zitiert⁴⁾. Die ausschlaggebenden Gesichtspunkte sollen jedoch noch einmal kurz ins Gedächtnis gerufen werden.

Die Argumentation des BAG beruht im wesentlichen auf der Erkenntnis, daß der Gesetzgeber den individuellen Kündigungsschutz für den einzelnen Arbeitnehmer verbessern wollte. Weil jedoch die in § 102 Abs.3 aufgeführten Widerspruchsründe vom Betriebsrat auf Grund seines vollständigeren Überblicks und seiner größeren Sachkenntnis besser als vom einzelnen Arbeitnehmer geltend gemacht werden können, sei ihm das Widerspruchsrecht eingeräumt worden. Da diese Befugnis somit auch dazu dienen solle, die sozialen Belange

1) BT-Drucks.VI/1786 S.59; BT-Drucks.VI/zu 2729 S.7

2) DGB-Kommentar Die Quelle 1972,121; Dietz/Richardi § 102 Rdnr.124; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.12; Hueck/Hueck KSchG Einl.S.46; Kitzelmann BUV 1972,217; ders.AuR 1973,306; Meisel Mitbest.S.187; Otto DB 1973,671; a.A. Gumpert BB 1972,50; Wagener BB 1972,1373

3) BB 1973,1635 ff.

4) vgl. oben S. ff.

des einzelnen Arbeitnehmers zu wahren, sei es mit dem Gesetzeszweck nicht zu vereinbaren, den Kündigungsschutz dann zu versagen, wenn der Betriebsrat die vom Gesetzgeber in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfülle. Eine andere Auslegung würde es dem Betriebsrat ermöglichen, einem Arbeitnehmer ungewollt - etwa durch eine unrichtige Beurteilung der Sach- oder Rechtslage - oder sogar bewußt den Kündigungsschutz zu verwehren und ihm damit letztlich zugleich den Gerichtsschutz zu entziehen¹⁾. Es verstößt nämlich gegen das Rechtsstaatsprinzip, wenn "zur Verfolgung von Rechtsansprüchen die zuständigen staatlichen Gerichte nicht angerufen werden können"; unvereinbar mit diesem Grundsatz ist es weiterhin, wenn "die Zulässigkeit des Rechtswegs" ausgeschlossen wird, weil "der Betriebsrat die Rechtsgrundlage eines geltend gemachten arbeitsrechtlichen Anspruchs verneint"²⁾. Obwohl nach dem Gesetzeswortlaut der Widerspruch des Betriebsrats für die Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs eine ähnliche Bedeutung hat wie im Rahmen des § 1 Abs.2 KSchG³⁾, sind die zu dieser Bestimmung herausgearbeiteten und zitierten Grundsätze bislang - soweit ersichtlich - nicht auf § 102 Abs.5 übertragen worden.⁴⁾ Dadurch ist es denkbar, daß zwar ein Teil der in § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG aufgeführten Gründe unabhängig von einem etwaigen Widerspruch des Betriebsrats geprüft wird, andererseits jedoch für den Arbeitgeber - da es an einem Tatbestandsmerkmal des § 102 Abs.5 fehlt - nach Ablauf der Kündigungsfrist die Möglichkeit besteht, den

1) BAG BB 1973, 1636; Gift ZfA 1974, 137

2) So bereits der Bayerische Verfassungsgerichtshof vom 4.4.1952 BayVerfGHE NF 5, 85 (86)

3) Schlochauer RdA 1973, 162

4) Einen Ansatz dazu bietet jedoch Hinz BB 1974, 1255 f.

Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung freizustellen. Wird über dessen Kündigungsschutzklage positiv entschieden, dürfte sein Arbeitsplatz in aller Regel bereits anderweitig besetzt sein. Die durch den Verzicht auf den Widerspruch des Betriebsrats gewonnenen Vorteile für den Arbeitnehmer würden somit wieder beträchtlich reduziert. Um in derartigen Fällen den vom Gesetzgeber angestrebten Bestandsschutz des Arbeitsplatzes nicht lediglich auf dem Papier stehen zu lassen, ist folgende Lösung denkbar: Da die in § 102 Abs.3 Ziff.2-5 genannten Widerspruchsgründe mit den in § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG aufgeführten Tatbeständen mangelnder sozialer Rechtfertigung identisch sind, könnten diejenigen Bestimmungen, die eine Kündigung auch ohne Widerspruch des Betriebsrats als sozial ungerechtfertigt erscheinen lassen, ebenso - also gleichfalls unter Verzicht auf ein Tätigwerden der Arbeitnehmervertretung - den Weiterbeschäftigungsanspruch auslösen. Das Arbeitsgericht müßte dann bei seiner Entscheidung über die Kündigungsschutzklage vorab diese Gründe prüfen. Sind die Voraussetzungen dieser Tatbestände nicht erfüllt, entsteht keine Weiterbeschäftigungspflicht, da es hinsichtlich der übrigen den Weiterbeschäftigungsanspruch auslösenden Merkmale an dem erforderlichen Widerspruch des Betriebsrats fehlt. Kommt das Arbeitsgericht hingegen bei seiner Vorabprüfung zu dem Ergebnis, daß einer dieser Tatbestände vorliegt, steht dem Arbeitnehmer auch ohne einen Widerspruch des Betriebsrats der Weiterbeschäftigungsanspruch zu.

Gegen diese für den Arbeitnehmer zunächst recht vorteilhaft erscheinende Übertragung der zu § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG herausgearbeiteten

Grundsätze auf § 102 Abs.5 bestehen aber in mehrfacher Hinsicht Bedenken.

Zum einen gibt es nämlich trotz der weitreichenden Übereinstimmungen von § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG und § 102 Abs.3 iVm Abs.5 zwischen diesen Vorschriften insofern einen bedeutsamen Unterschied, als die in der genannten Bestimmung des KSchG nunmehr ausdrücklich normierten Tatbestände bereits vor ihrer gesetzlichen Verankerung von der Rechtsprechung bei der Frage, ob eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist, berücksichtigt wurden. Würde man nach der Neufassung des § 1 Abs.2 KSchG streng an dem dort genannten Widerspruchserfordernis festhalten, wäre die gesetzgeberische Intention - den Kündigungsschutz zu verbessern - in ihr Gegenteil verkehrt.

Deshalb wurde für diese Bestimmung eine Auslegung gewählt, die auf das Tatbestandserfordernis des Widerspruchs des Betriebsrats in gewissem Umfang verzichtet. Die dafür ausschlaggebenden Erwägungen treffen aber auf § 102 Abs.3 iVm Abs.5 nicht zu. Beide Bestimmungen enthalten nämlich gegenüber dem bisherigen Rechtszustand absolute Neuerungen. Das strenge Festhalten an den dort genannten Tatbestandsmerkmalen - insbesondere dem Erfordernis des Widerspruchs des Betriebsrats - hat also nicht die sich im Geltungsbereich des § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG ergebenden nachteiligen Folgen.

Weiterhin spricht gegen die Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs unter Verzicht auf ein Tätigwerden der Arbeitnehmervertretung, daß dadurch das Recht des Arbeitgebers, sich gem. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.3 von der Weiterbeschäftigungsverpflichtung durch einstweilige Verfügung befreien zu lassen, über Gebühr eingeschränkt würde. Verzichtet man nämlich im Geltungsbereich

des § 102 Abs.5 Satz 1 auf den Widerspruch des Betriebsrats als Tatbestandserfordernis, so ist es dem Arbeitgeber zwangsläufig verwehrt, die Begründetheit des Widerspruchs mittels einstweiliger Verfügung vom Arbeitsgericht überprüfen zu lassen. Die damit verbundene Beschneidung der Rechte des Arbeitgebers aus § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.3 kann jedoch nicht hingenommen werden und ist auch mit dem Gesetzeszweck nicht zu vereinbaren. Letztlich läuft es aber auch den Interessen der Arbeitnehmer - zumindest auf längere Sicht gesehen - zuwider, wenn man den Widerspruch des Betriebsrats nicht als Tatbestandserfordernis für die Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruchs ansehen würde. Erfahrungsgemäß bleiben nämlich die den einzelnen Arbeitnehmern vorbehaltenen Rechte oftmals insofern bloßes Postulat, als diese entweder häufig gar nicht bekannt sind oder aber aus Furcht vor Diskriminierungen durch den Arbeitgeber nicht geltend gemacht werden¹⁾. Diese Erkenntnis läßt es als notwendig erscheinen, den Arbeitnehmern "ein kollektives Vertretungsorgan an die Seite zu stellen, das unabhängig und selbständig dem Arbeitgeber gegenüberzutreten kann"²⁾. Für ein solches Verfahren spricht außerdem, daß ein Kollektivorgan regelmäßig über größere Sachkenntnis und einen vollständigeren Überblick über die betrieblichen Verhältnisse verfügt³⁾. Es ist deshalb vordergründig zu behaupten, "dem Prinzip der kollektiven Mitbestimmung" seien "eindeutig Opfer zu Lasten der

1) Farthmann BetrVG, hrsg. vom Presse- und Informationszentrum des Deutschen Bundestages S.93; ders. GewMonh 1972, 8 f.

2) Farthmann a.a.O. S.93

3) BT-Drucks. VI/1786 S.33

Rechtsposition des einzelnen Arbeitnehmers gebracht worden"¹⁾. Nahezu zwangsläufig sinkt nämlich das Interesse der Arbeitnehmer an einer kollektiven Vertretung, wenn es ihnen gelingt, sich selbständig Rechte zu erkämpfen. Da es ihnen jedoch andererseits - allein auf Grund ihrer wirtschaftlichen Unterlegenheit gegenüber dem Arbeitgeber - in aller Regel nicht möglich sein wird, ihre Rechte selbständig auf Dauer zu verteidigen oder sogar auszubauen, muß in ihnen das Bewußtsein geweckt werden, daß ihre Interessen wirklich effektiv nur von einem Kollektivorgan wahrgenommen werden können. Dadurch werden sie erkennen, daß "die Methode des divide et impera eine Schwächung und nicht eine Stärkung der Rechte des einzelnen Arbeitnehmers mit sich bringt"²⁾. Darüberhinaus korrespondiert die verstärkte Einschaltung des Betriebsrats bereits im Anfangsstadium von Personalentscheidungen dem erklärten Willen des Gesetzgebers, der die Rechte des Betriebsrats nicht zuletzt deshalb ausbauen wollte, weil die Interessen der Arbeitnehmer möglichst frühzeitig berücksichtigt werden sollten³⁾.

Unter den dargestellten Umständen wird man es deshalb in Kauf nehmen müssen, daß in Einzelfällen der Arbeitnehmer auf Grund der Untätigkeit des Betriebsrats seinen an sich begründeten Weiterbeschäftigungsanspruch nicht geltend machen kann. Zur Vermeidung dadurch entstehender Unge-

1) So aber Wisskirchen BABl. 1972, 291

2) Farthmann BetrVG, hrsg. vom Presse- und Informationszentrum des Deutschen Bundestages S. 93

3) BT-Drucks. VI/1786 S. 32; vgl. auch Fitting BABl. 1972, 282; Wölfel ArbuSozR 1972, 10

rechteiten¹⁾ "sind die Betriebsräte aufgerufen, die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte im Interesse der durch sie vertretenen Arbeitnehmer voll auszuschöpfen"²⁾. Hinsichtlich der Ausübung des Widerspruchsrecht ergibt sich somit für den Betriebsrat eine erhebliche Verantwortung³⁾.

4.3.3. Schadensersatzansprüche gegen den Betriebsrat oder⁴⁾ gegen einzelne Betriebsratsmitglieder

Die hier vertretene Auffassung, daß die Einlegung des Widerspruchs durch den Betriebsrat nach § 102 Abs.3 ein unverzichtbares Tatbestandserfordernis für die Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs nach § 102 Abs.5 ist, zwingt zu der Überlegung, ob der Arbeitnehmer vom Betriebsrat oder von einzelnen Betriebsratsmitgliedern Schadensersatz verlangen kann, wenn seine Interessenvertretung es versäumt, der Kündigung zu widersprechen.

Betriebsverfassungsrechtliche Normen zur Lösung dieser Problematik existieren nicht. § 23 sieht lediglich die Möglichkeit vor, einen Antrag auf Ausschluß eines Betriebsratsmitglieds zu stellen, wenn dieses seine gesetzlichen Pflichten grob verletzt hat. Ersatz für Schäden, die dem Arbeitnehmer dadurch entstehen, daß der Betriebsrat bzw. einzelne seiner Mitglieder keinen Widerspruch gegen eine ordentliche Kündigung einlegen und

1) Darauf weisen Göttling/Hoentges/Zopp RdA 1972,285 hin.

2) So Bundesminister W.Arendt BAB1.1972,276

3) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.60; Kitzelmann BUV 1972,219;Schlochauer RdA 1973,162

4) Vgl. dazu Ocker Haftung für Handlungen des Betriebsrats Diss. München 1962(insbesondere S.148 ff.)

somit der Anspruch aus § 102 Abs.5 Satz 1 nicht entsteht, wird durch die Vorschrift aber nicht gewährt.

Aus dem Fehlen eines Schadensersatzanspruches im BetrVG 1972 den Schluß zu ziehen, der Gesetzgeber habe dadurch zu erkennen geben wollen, daß derartige Sanktionen generell ausbleiben sollten, erscheint jedoch kaum haltbar und diese Auffassung wird bislang auch - soweit ersichtlich - nicht vertreten.

Gleichfalls läßt sich aus § 85 Abs.2 Satz 2 ArbGG, wonach "ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 945 der Zivilprozeßordnung in Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes nicht besteht", kein allgemeiner Rechtsgedanke dergestalt ableiten, daß Ersatzansprüche gegen den Betriebsrat allgemein ausgeschlossen sein sollten, da es sich bei der zitierten Vorschrift ersichtlich um eine Spezialregelung¹⁾ handelt.

Mangels anderweitiger gesetzlicher Grundlagen und um schwerwiegende Haftungslücken zu vermeiden, versucht deshalb die ganz herrschende Meinung in der Literatur²⁾ einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers über die §§ 823 ff.BGB zu begründen. Gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschriften ist eingewendet worden, daß sie nicht im Hinblick auf die innerbetriebliche Mitbestimmung entwickelt worden sind³⁾.

Dieses Argument ist jedoch insofern nicht stichhaltig, als der Gesetzgeber sich bei der Schaffung

1) In diesem Sinne wohl auch Fitting/Auffarth/Kaiser II § 1 Anm. 37

2) Dietz/Richardi § 102 RdNr.113;Fitting/Auffarth/Kaiser II a.a.O. Anm.37 ff.;Schlochauer RdA 1973,162;Wagener BB 1972,1375;Weber BB 1974, 700;Weiss RdA 1974,274;Bedenken bei Gramm AR-Blattei 1975 Betriebsverfassung VII 9.Forts.-Blatt;a.A. Säcker RdA 1965,372 ff.

3) So Weiss a.a.O.

des BGB ersichtlich darum bemüht hat, Normen aufzustellen, mit deren Hilfe auch zukünftige Sachverhalte geregelt werden könnten, ohne eine endgültige Aussage darüber treffen zu wollen, wie diese Tatbestände im einzelnen aussehen würden. Die genauere Prüfung der gesetzlichen Vorschriften wird allerdings ergeben, daß der praktischen Realisierung von Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Betriebsrat bzw. einzelne seiner Mitglieder erhebliche Schwierigkeiten entgegenstehen.

Wünschenswert erscheint es deshalb, wenn der Gesetzgeber spezielle betriebsverfassungsrechtliche Haftungsnormen einführen bzw. die bislang unzureichende Regelung des § 23 erweitern würde.

Als mögliche Anspruchsgrundlage kommt zunächst § 823 Abs.1 BGB iVm § 830 BGB in Betracht, wenn man bei der versäumten Einlegung des Widerspruchs¹⁾ von einem Eingriff in das "Recht am Arbeitsplatz" als einem absoluten Recht sprechen könnte²⁾.

Die Anerkennung eines Rechts am Arbeitsplatz kann mit der Überlegung gerechtfertigt werden, daß für die Arbeitgeber das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als absolutes Recht verstanden wird, so daß auf Arbeitnehmerseite die Zuerkennung eines gleichwertigen absoluten Rechts "sinnvoll und gerechtfertigt"³⁾ wäre.

Als Anknüpfungspunkt einer unerlaubten Handlung kommt bei in Frage stehenden Sachverhalt sowohl

- 1) Eine umfassende Begründung für ein Recht am Arbeitsplatz gibt Peter Der Arbeitsplatz als geschütztes absolutes Rechtsgut Diss.Köln 1970 (insbesondere S.64 ff.); ablehnend Wiedemann RdA 1961,3; vgl auch Art.28 Abs.2 der Verfassung des Landes Hessen vom 11.12.1946
- 2) vgl. dazu Gramm AR-Blattei 1975 Betriebsverfassung VII 8.Forts.-Blatt Rückseite
- 3) Gramm a.a.o.

der Beschluß, der ordentlichen Kündigung nicht zu widersprechen - also ein positives Tun - in Betracht, als auch ein Unterlassen.

Diese Aussage trifft selbst dann zu, wenn man für einen Rechtsverstoß einen Eingriff in den Bestand des Arbeitsplatzes fordern würde¹⁾.

Da bei versäumter Widerspruchseinlegung der Weiterbeschäftigungsanspruch nicht entsteht, liegt in der Unterlassung des Betriebsrats eine unmittelbare Gefährdung des Arbeitsplatzes für den einzelnen Arbeitnehmer. Die für ein Unterlassen notwendige Garantenstellung des Betriebsrats ließe sich aus der Pflicht herleiten, das Mitbestimmungsrecht im Interesse des einzelnen Arbeitnehmers auszuüben²⁾.

Der Tatbestand der §§ 823 Abs.1 iVm 830 BGB kann also bei Nichteinlegung des Widerspruchs sowohl durch eine Handlung im engeren Sinne als auch durch ein Unterlassen erfüllt sein. Dabei kann § 823 Abs.1 BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht kommen, wenn z.B. bei der Stimmabgabe insofern eine rechtswidrige unerlaubte Handlung vorliegt, als sich ein Betriebsratsmitglied aus persönlichen und sachfremden Erwägungen dazu entscheidet, gegen den Beschluß zu stimmen, mit dem der ordentlichen Kündigung des Kollegen widersprochen werden soll. Weiterhin ist es denkbar, daß auf die Abstimmungsentscheidung eines Betriebsratsmitgliedes in unzulässiger Weise - z.B. durch Bestechung - Einfluß genommen wird.

Ansonsten ist ihrem Wesen nach die Vorschrift des § 830 BGB einschlägig, wenn ein gemeinsamer Beschluß, das Widerspruchsrecht nicht auszuüben, vorliegt.

Dabei sollte einzelnen Betriebsratsmitgliedern

1) Vgl. zum Meinungsstand Gramm AR-Blattei 1975 Betriebsverfassung VII 9.Forts.-Blatt und Weiss RdA 1974,275

2) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.113

der Nachweis gestattet sein, daß sie den mit der Schadensersatzklage angegriffenen Beschluß nicht mitgetragen haben, also z.B. überstimmt worden sind¹⁾. Die damit zwangsläufig verbundene Offenlegung des Beschlusses verstößt nicht gegen die Geheimhaltungspflicht des § 79, da diese sich nur auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse bezieht. Derartige Umstände spielen jedoch bei der Frage, ob gegen eine ordentliche Kündigung Widerspruch eingelegt werden soll, kaum eine Rolle.

Begründet werden könnte eine Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers auch über § 823 Abs.2 BGB iVm § 830 BGB, wenn man § 102 Abs.3 bzw. Abs.5 als Schutzgesetz ansehen würde²⁾.

Bei dem Widerspruchsrecht nach § 102 Abs.3 handelt es sich um ein "Pflichtrecht im Interesse des Arbeitnehmers"³⁾, weil es vom frist- und ordnungsgemäßen Widerspruch des Betriebsrats abhängt, ob für den Arbeitgeber die Verpflichtung nach § 102 Abs.5 entsteht. Damit läßt sich der Schutzgesetzcharakter des § 102 Abs.3 bzw. Abs.5 bejahen⁴⁾.

Schließlich könnte man auch § 826 BGB als Anspruchsgrundlage heranziehen⁵⁾. Ein Zurückgreifen auf diese Norm kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Betriebsrat sein Widerspruchsrecht vorsätzlich nicht ausgeübt hat, weil ihm selbst an der Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers gelegen war. Ein solches Verhalten kann eine sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 826 BGB darstellen.

1) Fitting/Auffarth/Kaiser II § 1 Anm.38 m.w.Nachw.

2) So z.B. Becker-Schaffner B1StSozArbR 1974,290; Dietz/Richardi § 102 Rdnr.113; Otto DB 1973,671; Wagener BB 1972,1375; Weber BB 1974,700

3) Dietz/Richardi § 26 Rdnr.10

4) In diesem Sinne die in FN 2) Genannten; Bedenken bei Weiss RdA 1974,274; den Schutzgesetzcharakter der betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte verneint grundsätzlich Gester AuR 1959,329 f.

5) Wagener a.a.O.; Weber a.a.O.

Gemeinsam ist den aufgeführten Fallgruppen, daß Anspruchsadressat immer nur die an dem jeweiligen Beschluß beteiligten Betriebsratsmitglieder als Gesamtschuldner sein können oder aber die Haftung ein einzelnes Betriebsratsmitglied trifft¹⁾.

Da der Betriebsrat als solcher keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und daher im allgemeinen Rechtsverkehr nicht rechtsfähig, auch nicht vermögensfähig ist, haftet er als solcher weder aus Rechtsgeschäft noch aus unerlaubter Handlung für Verbindlichkeiten oder Schäden, die durch seine Beschlüsse, Handlungen oder Erklärungen entstehen²⁾.

Einen Betriebsratsfonds, der in solchen Fällen aus helfen könnte, kennt das BetrVG - im Gegensatz etwa zum Betriebsrätegesetz Österreichs³⁾ - nicht.

Aber auch soweit eine Haftung der Betriebsratsmitglieder als Gesamtschuldner in Betracht kommt, stößt die Durchsetzung der sich daraus ergebenden Ansprüche in aller Regel auf beträchtliche Schwierigkeiten.

Zunächst einmal besteht gegen eine derart umfassende Haftung, wie sie durch die Regeln des Deliktsrechts begründet wird, das Bedenken, daß dadurch die Aktivität des Betriebsrats gelähmt und demzufolge seine Bedeutung gemindert werden könnte⁴⁾. Hier sollte man den Interessen der Belegschaft an einem leistungsstarken und einsatzwilligen Betriebsrat grundsätzlich eine schutzwürdigere Stellung im Vergleich zu individualrechtlichen Ersatzansprüchen einräumen.

1) Fitting/Auffarth/Kaiser II § 1 Anm. 40

2) Dietz/Richardi Vorbem. 6 ff. zu § 26; Fitting/Auffarth/Kaiser II a.a.O. Anm. 37; Kraft GK-BetrVG § 1 Anm. 51; Gester AuR 1959, 326; Gramm AR-Blattei 1975 Betriebsverfassung VII 10. Forts.-Blatt; Hanau/Adomeit S. 95; Schlochauer RdA 1973, 162; Weber BB 1974, 700

3) Vgl. §§ 23, 24 BRG; Floretta/Strasser S. 341 und 452

4) Weiss RdA 1974, 274 FN 42); vgl. auch Fitting/Auffarth/Kaiser II a.a.O. Anm. 40 m.w.Nachw.

Neben diesen Bedenken, die sich aus der Stellung und der Funktion des Betriebsrats ergeben, bestehen aber auch Zweifel, ob der einzelne Arbeitnehmer in der Lage sein kann, dem Betriebsrat oder einzelnen seiner Mitglieder nachzuweisen, daß die versäumte Einlegung des Widerspruchs eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung darstellt¹⁾. Nur solche vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlungen sind nämlich nach den allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts geeignet, einen Schadensersatzanspruch auszulösen. Da der Arbeitgeber aber trotz eines Widerspruchs nicht gehindert ist, die Kündigung auszusprechen und sogar gem. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1 das Recht hat, bei nicht hinreichender Erfolgsaussicht der Kündigungsschutzklage von der Weiterbeschäftigungsverpflichtung entbunden zu werden, dürfte eine Haftung des Betriebsrats insofern kaum praktisch werden, als der "Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Betriebsrat gerade einen pflichtwidrig unterlassenen Widerspruch und somit eine begründete Klage voraussetzt"²⁾. Der Betriebsrat kann demnach seine Untätigkeit in aller Regel damit rechtfertigen, daß er nach pflichtgemäßer Prüfung zu dem Ergebnis gekommen sei, ein Widerspruch habe mangels hinreichender Erfolgsaussicht der Klage unterbleiben müssen. Diese Argumentation zu widerlegen dürfte dem Arbeitnehmer vielfach kaum möglich sein. Hinzu kommt, daß ein durch die bloße Nichtbeschäftigung verursachter Schaden im allgemeinen schwer nachweisbar³⁾ ist, da dem Arbeitnehmer in einigen gesetzlich geregelten Fällen ein Anspruch auf Lohn- bzw. Gehaltsfortzahlung zusteht.

1) Auf diese Bedenken weist das Bundesarbeitsgericht BB 1973, 1636 zu Recht hin.

2) Gramm AR-Blattei 1975 Betriebsverfassung VII 8. Forts.- Blatt Rückseite

3) Gramm a.a.O.

Es bleibt somit festzuhalten, daß die Frage der Schadensersatzansprüche von Arbeitnehmern wegen der Nichtentstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs infolge versäumter Widerspruchseinlegung seitens des Betriebsrats de lege lata in unbefriedigender Weise geregelt ist¹⁾ und dringend eingehender gesetzgeberischer Maßnahmen bedarf.

1) Löwisch erscheint "die Überlegung, den Arbeitnehmer zum Ausgleich für den Verlust des Kündigungsschutzes auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Betriebsrat zu verweisen, wirklichkeitsfremd", DB 1975, 350

4.4. Rechtslage beim Fehlen eines Betriebsrats

Aus dem Gesetzeswortlaut des § 102 Abs.5 ergibt sich, daß diese Vorschrift für die Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs nicht nur den Widerspruch des Betriebsrats verlangt, sondern damit auch gleichzeitig voraussetzt, daß überhaupt ein Betriebsrat existiert.

Betriebsratsfähig sind nur solche Betriebe mit in der Regel mindestens fünf ständig wahlberechtigten - also wegen § 7 wenigstens 18 Jahre alten - Arbeitnehmern, § 1. Bei "in der Regel" Beschäftigten handelt es sich um diejenigen Arbeitnehmer, die während des größten Teils des Jahres üblicherweise als ständige Arbeitskräfte beschäftigt zu werden pflegen¹⁾.

Zwar ist für die betriebsratsfähigen Betriebe die Verpflichtung, Betriebsräte zu errichten, an sich zwingend²⁾; kommt aber gleichwohl ein Betriebsrat nicht zustande, so können die dem Betriebsrat zustehenden Rechte nicht ausgeübt werden³⁾. Das bedeutet für § 102 Abs.5, daß Arbeitnehmer in betriebsratslosen Betrieben keine Möglichkeit haben, einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend zu machen⁴⁾. Mit dem rechtspolitischen Zweck der Vorschrift, den Arbeitsplatz für den einzelnen Arbeitnehmer zu sichern, ist dies kaum zu vereinbaren⁵⁾.

Für die insoweit vergleichbare Vorschrift des § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG hat das BAG entschieden, daß die dort aufgeführten Tatbestände auch dann zu berücksichtigen sind, wenn in einem betriebsrats-

1) Fitting/Auffarth/Kaiser I § 1 Anm.55

2) Erdmann/Jürging/Kammann § 1 Anm.1; Fitting/Auffarth/Kaiser I a.a.O. Anm.61

3) Fitting/Auffarth/Kaiser I a.a.O. Anm.62

4) Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 289; Böhm BB 1974, 1644; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.60; Göttling/Hoentges/Zepp RdA 1972, 285; Weber BB 1974, 700

5) Schlochauer RdA 1973, 162; Löwisch DB 1975, 352

fähigen Betrieb kein Betriebsrat besteht¹⁾. Zur Begründung seiner Ansicht trägt das Gericht vor, daß es eine sachfremde und willkürliche Differenzierung und damit einen Verstoß gegen Art.3 GG bedeute, wenn der Umfang des Kündigungsschutzes allein davon abhängig gemacht werde, ob in einem Betrieb ein Betriebsrat bestehe²⁾. Trotz der bereits aufgezeigten Gemeinsamkeiten von § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG mit § 102 Abs.3 iVm Abs.5 muß jedoch eine Übertragung der vom Gericht erarbeiteten Ergebnisse aus denselben Gründen unterbleiben, die es bereits als unvereinbar erscheinen ließen, bei einem Versäumnis der Widerspruchseinlegung durch den Betriebsrat die Auslegung des § 1 Abs.2 Satz 2 und 3 KSchG durch das BAG auf § 102 Abs.5 entsprechend anzuwenden³⁾. Grundsätzlich soll deshalb in dieser Frage der h.M. gefolgt werden, die beim Fehlen eines Betriebsrats dem Arbeitnehmer keinen Weiterbeschäftigungsanspruch gewährt.

Ausnahmen von diesem Grundsatz sind jedoch für den Fall denkbar, daß die Nichterrichtung des Betriebsrats vom Arbeitgeber zu vertreten ist. In einem solchen Falle wäre es vorstellbar, zum Zwecke der Entstehung des Weiterbeschäftigungsanspruchs den Widerspruch des Betriebsrats zu fingieren. Dieses Verfahren erscheint interessengerecht, da bei der geschilderten Sachlage der Arbeitgeber die Nichterfüllung der tatbestandlichen Voraussetzung des § 102 Abs.5 zu verantworten hat. Dann muß er es sich aber auch

1) BAG BB 1973, 1636

2) BAG a.a.O.S.1636 f.;vgl.auch Otto DB 1973, 671

3) Vgl.dazu S.111 ff.der Untersuchung

gefallen lassen, daß - bei Vorliegen der übrigen Merkmale - die vom Gesetzgeber gewünschte Rechtsfolge eintritt. Ist die Nichterrichtung des Betriebsrats hingegen auf Wahlmüdigkeit oder auf andere Gründe in der Sphäre der Arbeitnehmerschaft zurückzuführen, bleibt es bei dem Ergebnis, daß ein Weiterbeschäftigungsanspruch nicht entsteht.

5. Die Entbindung des Arbeitgebers von der Weiterbeschäftigungspflicht durch einstweilige Verfügung gem. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3

5.1. Allgemeine Würdigung der Norm als Ausnahmeregelung

Das Gesetz gewährt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, beim Arbeitsgericht einen Antrag auf einstweilige Verfügung zwecks Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht zu stellen¹⁾.

Die Tatbestände, auf die ein derartiger Antrag gestützt werden kann, sind in § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 abschließend²⁾ aufgezählt. Da, der gesetzgeberischen Intention entsprechend, die Weiterbeschäftigung die Regel sein soll, sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 restriktiv auszulegen. Generell kann gesagt werden, daß es sich bei den im Gesetz aufgeführten Fallgruppen um Ausnahmeregelungen

-
- 1) Kritisch zu der Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung MdB-FDP Schmidt in der 101. Sitzung der 6.Wahlperiode des Deutschen Bundestages am 11.2.1971.Vgl.Verhandlungen des Deutschen Bundestages Stenographische Berichte 6.Wahlperiode Bd.75 S.5828
- 2) Becker-Schaffner B1StSozArbR 1974,293;Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.56;Richardi ZfA-Sonderheft 1972,27;Borrmann DB 1975,883

handelt¹⁾. Eine gegenteilige Auffassung würde die gesetzliche Grundregel, d.h. die Weiterbeschäftigungspflicht, ad absurdum führen²⁾.

5.2. Die einzelnen Fallgruppen

Die generalklauselartige Fassung³⁾ der in § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1-3 niedergelegten Fallgruppen macht es notwendig, sich eingehender mit diesem Katalog auseinanderzusetzen.

5.2.1. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1

Eine Möglichkeit für den Arbeitgeber von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung entbunden zu werden, besteht zunächst, wenn "die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint", § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1.

5.2.1.1. Mangelnde Erfolgsaussicht der Klage

In § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1 hat der Gesetzgeber eine Formulierung gewählt, die als Voraussetzung für die Bewilligung des Armenrechts auch in § 114 ZPO auftaucht. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, die von der Wissenschaft zu dieser Bestimmung entwickelten Rechtsgedanken in gewissem Umfang⁴⁾ für

1) Auffarth ArbRdGgnw 1972,80;Brecht § 102 Anm.11; DGB-Kommentar Die Quelle 1972,121;Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.24;Gumpert BB 1972,50; Kitzelmann BUV 1972,219

2) So zu Recht Gnade/Kehrmann/Schneider § 102 Anm.24; Gumpert a.a.O.

3) Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.56

4) Wegen der unterschiedlichen Rechtsmaterien tritt Meisel DB 1972,1678 für eine vorsichtige Anwendung dieser Rechtsgedanken ein.

die hier zu besprechende Vorschrift des BetrVG aufzugreifen¹⁾. Im Rahmen des § 114 ZPO bedeutet "hinreichende Erfolgsaussicht", daß der Rechtsstandpunkt des Gesuchstellers vom Gericht geteilt wird bzw. daß es ihn zum mindesten für vertretbar hält und auf Grund der angestellten Erwägungen (§ 118 a ZPO) von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt ist²⁾.

Eine Übertragung dieser Grundsätze auf § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1 ergibt, daß von der Weiterbeschäftigungspflicht dann nicht entbunden werden darf, wenn der Erfolg der Kündigungsschutzklage eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich hat³⁾. Das Gericht soll mit seiner Entscheidung nicht das Ergebnis des Kündigungsschutzverfahrens vorwegnehmen⁴⁾, sondern lediglich eine summarische⁵⁾ Prüfung der Gründe anstellen, die die Kündigung veranlaßt haben. Anknüpfungspunkt bei der Beantwortung der Frage, ob für den Erfolg der Klage eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, ist für das Gericht das Vorbringen des Arbeitnehmers⁶⁾. Bei der Prüfung, ob die Erfolgsaussicht der Klage "hinreichend" ist, darf der Richter - wie sich bereits aus der Wortwahl des Gesetzgebers ergibt - keinen übermäßig strengen Maßstab anlegen⁷⁾.

Eine derartige Wahrscheinlichkeit liegt z.B.

1) Auffarth ArbRdGgwn 1972,80;Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.24 (1);Stahlhacke KSchG Rdnr.149

2) Stein/Jonas ZPO § 114 II Anm.2

3) ArbG Hannover AuR 1972,381;Becker-Schaffner BStSozArbR 1974,293;Meisel DB 1972,1678

4) ArbG Rosenheim AuR 1974,218

5) Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.57;ähnlich ArbG Berlin DB 1973,192;Becker-Schaffner a.a.O.

6) Vgl.dazu Stein/Jonas a.a.O. Anm.3

7) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.103;Stein/Jonas a.a.O. Anm.2

bereits vor, wenn aus betriebsbedingten Gründen gekündigt wurde und der Arbeitnehmer eine Familie mit drei Kindern hat¹⁾. Andererseits muß man die Voraussetzungen der ersten Fallvariante der Ziff.1 immer dann als erfüllt ansehen, wenn schon aus der Einlassung des Klägers hervorgeht, daß die Kündigungsschutzklage keinen Erfolg haben wird²⁾. Besteht jedoch ausnahmsweise für beide Parteien eine hinreichende Erfolgsaussicht³⁾, so kann das Gericht den Arbeitgeber nicht von seiner Weiterbeschäftigungspflicht entbinden⁴⁾.

5.2.1.2. Mutwilligkeit der Klage

Ebenfalls in § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1 genannt ist die Möglichkeit der Befreiung von der Weiterbeschäftigungspflicht, wenn die Klage des Arbeitnehmers "mutwillig" erscheint. Auch diese Formulierung findet sich bereits in § 114 ZPO. Entsprechend den zu dieser Vorschrift entwickelten Rechtsgedanken⁵⁾, wird man die Kündigungsschutzklage dann als mutwillig ansehen müssen, wenn sie ein Dritter bei verständiger Würdigung der gesamten Umstände nicht führen würde⁶⁾. Maßgebend ist in diesem Zusammenhang das eigene Interesse des Klägers⁷⁾. Das bedeutet, daß der Arbeitnehmer nicht unbedingt vorsätzlich

1) ArbG Rosenheim AuR 1974, 218

2) Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974, 293; Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.66 a

3) Zu dieser Möglichkeit Stein/Jonas ZPO § 114 II Anm.2

4) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.103

5) Vgl.dazu Stein/Jonas a.a.O. Anm.3

6) Becker-Schaffner a.a.O.; Meisel DB 1972, 1678

7) So für § 114 ZPO Stein/Jonas a.a.O. Anm.3

handeln muß¹⁾. Mutwillig ist die Klage aber dann, wenn er vor Klageerhebung das Angebot zur Weiterbeschäftigung auf einen ihm zumutbaren anderen Arbeitsplatz aus Sturheit oder Böswilligkeit abgelehnt hat²⁾. Im übrigen wird eine Kündigungsschutzklage, die hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, nur ausnahmsweise mutwillig sein³⁾.

5.2.2. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.2

Eine Möglichkeit zur Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht besteht außerdem, "wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde", § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.2.

5.2.2.1. Zum Begriff der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit

Ihren Anwendungsbereich findet diese Vorschrift vor allem bei betriebsbedingten Kündigungen, wenn z.B. infolge erheblichen Auftragsrückgangs Einschränkungen des Betriebs in der Weise vorzunehmen sind, daß Teile der Belegschaft entlassen werden müssen⁴⁾. Abgesehen von diesen Extremfällen, wird jedoch die Weiterbeschäftigung eines einzelnen Arbeitnehmers nur ganz ausnahmsweise eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung für den Arbeitgeber darstellen⁵⁾. Es ist nämlich in

1) Stein/Jonas ZPO § 114 II Anm.3

2) So das Beispiel von Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.66 a

3) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.103

4) Dietz/Richardi a.a.O. Rdnr.104; Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O. Anm.66 b; Kraft GK-BetrVG § 102 Anm.58; Meisel DB 1972, 1678; Stege/Weinspach S.368

5) ArbG Berlin DB 1973, 192; Becker-Schaffner BlSt SozArbR 1974, 293

diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, daß der Arbeitgeber bei vorläufiger Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers dessen Arbeitskraft verwerten kann, und daß er zur Weiterzahlung des Lohnes verpflichtet ist, wenn er den Arbeitnehmer nicht weiterbeschäftigt, dieser jedoch den Rechtsstreit gewinnt (§ 615 BGB)¹⁾. Der Begriff der unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung verlangt deshalb nach einer Definition, die dem Ausnahmecharakter²⁾ dieser Bestimmung gerecht wird. Vom Vorliegen eines derartigen Sachverhaltes wird man somit erst dann ausgehen können, wenn die Existenzgrundlage des Betriebes durch die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ernsthaft bedroht wird³⁾.

5.2.2.2. Keine Erweiterung der Vorschrift auf Fälle persönlicher Unzumutbarkeit

Trotz des eindeutigen Wortlauts des § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.2 wird die Frage aufgeworfen⁴⁾, ob eine Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nicht nur bei wirtschaftlicher, sondern auch bei persönlicher Unzumutbarkeit denkbar sei.

Abgesehen davon, daß der Gesetzestext für eine derartige extensive Auslegung keinerlei Anhaltspunkte bietet, wird diese Erweiterung auch von Sinn und Zweck der Norm nicht gedeckt. Von einer aus persönlichen Gründen unzumutbaren Weiterbe-

1) Auffarth ArbRdGgnw 1972,80;Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.24 (2)

2) Davon geht auch Meisel Mitbest. S.194 aus.

3) So ArbG Rosenheim AuR 1974,218, das betont, eine bloße Umsatzeinbuße erfülle den Tatbestand der unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung nicht. Ausdrücklich gegen das Merkmal der Existenzgefährdung Meisel DB 1972,1678

4) Adomeit DB 1971,2363

schäftigung des Arbeitnehmers - das wäre z.B. bei strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers im Betrieb oder unmittelbar gegenüber dem Dienstherrn der Fall - kann der Arbeitgeber nämlich bereits auf Grund der Vorschrift des § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.1 entbunden werden. Darüberhinaus bleibt ihm das Recht zur außerordentlichen Kündigung in derartigen Fällen unbenommen. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.2 findet deshalb nur Anwendung, wenn dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers aus w i r t s c h a f t l i c h e n Gründen unzumutbar ist.

5.2.3. § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.3

Eine Befreiungsmöglichkeit von der Weiterbeschäftigungspflicht besteht schließlich auch dann, "wenn der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war", § 102 Abs.5 Satz 2 Ziff.3¹⁾. Diese Fallgruppe setzt somit den Widerspruch des Betriebsrats voraus. Deshalb müssen vorab solche Einlassungen der Arbeitnehmervertretung ausgeklammert werden, die die an einen ordnungsgemäßen Widerspruch zu stellenden Anforderungen nicht erfüllen²⁾.

Wie sich aus der Wortwahl des Gesetzgebers unschwer entnehmen läßt, setzt die "offensichtliche Unbegründetheit" voraus, daß die Ausführungen des Betriebsrats offenkundig³⁾ jeglicher Grundlage entbehren⁴⁾.

1) Vgl.dazu die Beispiele von Becker-Schaffner B1StSozArbR 1974,293 f.

2) LAG Düsseldorf DB 1974,2113; ArbG Bochum DB 1973,1558 und DB 1974,729; Dietz/Richardi § 102 Rdnr.105; Meisel DB 1972,1678 f.; anders offenbar Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.24 (3); wie diese LAG Berlin BB 1974,1024; Becker-Schaffner a.a.O. S.293

3) Dietz/Richardi a.a.O.

4) ArbG Ludwigsburg BB 1972,495

- 100 -

Das bedeutet, daß die Überlegungen, die den Betriebsrat zu seinem Einschreiten veranlaßt haben, auf Grund der gegebenen Tatsachen augenfällig¹⁾ und ohne tieferes Eindringen in die Materie²⁾ nicht zutreffen. Die Grundlosigkeit des Widerspruchs muß sich daher bei unbefangener Beurteilung geradezu aufdrängen³⁾. Eine derartige Umschreibung des Begriffs der "offensichtlichen Unbegründetheit" erhellt, daß dieses Merkmal vor allem bei Widersprüchen gegen verhaltensbedingte Kündigungen gegeben sein wird⁴⁾. Der Widerspruch ist aber auch in solchen Fällen nur dann o f f e n s i c h t l i c h unbegründet, wenn es sich um wirklich schwerwiegende Verhaltensmängel des Arbeitnehmers handelt. Auf den ersten Blick weist die Kommentierung der Ziff.3 des § 102 Abs.5 Satz 2 einige Parallelen mit der Ziff.1 dieser Vorschrift auf. Trotzdem sollte die vom Gesetzgeber offensichtlich gewollte Eigenständigkeit dieser Fallgruppen nicht dadurch aufgegeben werden, daß man sie als nahezu identisch ansieht⁵⁾. Zwar trifft es zu, daß die Widerspruchsgründe mit den Gründen für die mangelnde soziale Rechtfertigung einer Kündigung weitgehend übereinstimmen⁶⁾. Die Kündigung kann jedoch auch dann, wenn der Widerspruch unbegründet ist, aus anderen Gründen sozialwidrig

1) Meisel DB 1972,1678;ders.Mitbest.S.195

2) LAG Rheinland-Pfalz vom 12.6.1972 4 Sa 102/72; ähnlich Dietz/Richardi § 102 Rdnr.105

3) ArbG Berlin DB 1973,192;Becker-Schaffner BLStSozArbR 1974,293

4) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.66 c;Stahlhacke KSchG Rdnr.149;Stege/Weinspach S.368

5) In diesem Sinne aber Auffarth ArbRdGgnw 1972, 80;Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.24 (3); vgl.auch ArbG Berlin BB 1974,508;ArbG Hannover AuR 1972,381

6) Fitting/Auffarth/Kaiser I a.a.O.

sein¹⁾). Aus diesem Grunde muß an der Unterscheidung der in Ziff.1 und 3 aufgeführten Sachverhalte trotz ihrer erwähnten Gemeinsamkeiten festgehalten werden.

5.3. Die einstweilige Verfügung

5.3.1. Der Antrag

Ein Tätigwerden des Gerichts im Sinne des Arbeitgebers setzt voraus, daß dieser einen Antrag auf einstweilige Verfügung stellt, § 102 Abs.5 Satz 2. Dieser Antrag ist vom Gesetzgeber an keine Frist geknüpft worden. Aus dieser Tatsache, sowie aus dem Umstand, daß das Weiterbeschäftigungsverhältnis bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits Bestand hat, muß gefolgert werden, daß der Arbeitgeber einen entsprechenden Antrag zu jedem Zeitpunkt des Kündigungsschutzprozesses stellen kann²⁾. Gegner dieses Antrags ist der gekündigte Arbeitnehmer³⁾.

5.3.2. Der Gang des Verfahrens

Für das Verfahren gelten auf Grund der Verweisung in § 85 Abs.2 Satz 2 ArbGG die Vorschriften der §§ 916 ff.ZPO entsprechend. Das bedeutet zunächst, daß für den Erlaß einstweiliger Verfügungen das Gericht der Hauptsache zuständig ist, § 937 Abs.1 ZPO. Dabei handelt es sich um das Gericht des ersten Rechtszuges, oder,

1) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.105; so ist auch das BAG BB 1973,1637 zu verstehen.

2) Im Ergebnis ebenso Brecht § 102 Anm.11 aE

3) Dietz/Richardi § 102 Rdnr.106; Meisel Mitbest. S.196; Stege/Weinspach S.369; allgemein zur Frage der Antragsberechtigung ArbG Berlin BUV 1972,347; vgl.auch ArbG Rosenheim AuR 1974,218

wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, um das Berufungsgericht, § 943 Abs.1 ZPO. Bei "Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz" sind im ersten Rechtszuge die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig, § 2 Abs.1 Nr.4 und § 8 Abs.2 ArbGG. Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist deshalb bei demjenigen Arbeitsgericht zu stellen, das über die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers entscheidet¹⁾. Da es sich bei der einstweiligen Verfügung lediglich um ein summarisches Verfahren zur Sicherung des Anspruchs auf eine gegenständliche Leistung, § 935 ZPO, bzw. zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, § 940 ZPO, handelt²⁾, sind die Umstände, die gegen eine Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers sprechen, glaubhaft zu machen, §§ 920 Abs.2, 936 ZPO³⁾. Zu diesem Zweck kann der Arbeitgeber alle gesetzlich zulässigen Beweismittel ausschöpfen, § 294 ZPO, d.h. er kann den Urkundsbeweis antreten, sich der Versicherung an Eides statt bedienen, oder - sofern der Zeuge anwesend ist, § 294 Abs.2 ZPO - den Zeugenbeweis anbieten⁴⁾. Es ist nicht notwendig, daß das Gericht auf diese Weise eine endgültige Überzeugung gewinnt, sondern es genügt für die Glaubhaftmachung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit⁵⁾.

- 1) Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.67; Stege/Weinspach S.369
- 2) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO § 916 Grundz.Anm.2 B; Thomas/Putzo ZPO Vorbem.1 vor § 916; Wenzel DB 1972,1290
- 3) Vgl.Brecht § 102 Anm.2; außerdem Becker-Schaffner BlStSozArbR 1974,294; Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.; Stege/Weinspach a.a.O.
- 4) Vgl.die Beispiele bei Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.; Stege/Weinspach a.a.O.
- 5) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann a.a.O. § 294 Anm.1 A; Thomas/Putzo a.a.O. § 294 Anm.1

5.3.3. Die Art der Entscheidung

Streitig ist, ob die Entscheidung des Gerichts im Urteils- oder im Beschlußverfahren zu ergehen hat. Für die zuletzt erwähnte Verfahrensart sprechen sowohl die allgemeinen Bestimmungen der §§ 2 Abs.1 iVm 8 Abs.1 ArbGG als auch die besondere Vorschrift des § 85 Abs.1 Satz 2 ArbGG¹⁾.

Vor allem Hinz²⁾ hat sich um eine Begründung für die Ansicht bemüht, nach der der Streit über den Antrag des Arbeitgebers, ihn durch einstweilige Verfügung von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines gekündigten Arbeitnehmers zu entbinden, im Beschlußverfahren entschieden werden muß. Kernpunkt seiner Argumentation ist die These, daß der Weiterbeschäftigungsanspruch auf Grund seiner Abhängigkeit vom Widerspruch des Betriebsrats starke kollektivrechtliche Akzente³⁾ aufweise, so daß es sich um eine "Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsrecht" handele, die nach § 80 Abs.1, § 2 Abs.1 Nr.4, § 5 ArbGG im Beschlußverfahren entschieden werden müsse.

Nun gibt es jedoch - das räumt auch Hinz ein⁴⁾ - im BetrVG genügend Beispiele dafür, daß es sich keineswegs bei allen dort verankerten Ansprüchen um "Angelegenheiten aus dem Betriebsverfassungsrecht" handelt. So entscheidet z.B. das BAG über den Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Fortzahlung des Arbeitsentgeltes gem. § 37 Abs.2 in

1) So insbesondere Dütz ZfA 1972,257;Hinz BB 1974,1253;Küster DB 1972,631;Schaub Hb. S.1005; Schlochauer RdA 1973,164;Wenzel DB 1972,1290

2) a.a.O. S.1253 ff.

3) Hinz a.a.O. S.1258

4) a.a.O. S.1254

ständiger Rechtsprechung im Urteilsverfahren¹⁾. Ebenfalls im Urteilsverfahren ist darüber zu befinden, ob eine Kündigung wegen Nichtanhörung des Betriebsrats gem. § 102 Abs.1 Satz 3 unwirksam ist²⁾. Schließlich besteht Einigkeit darüber, daß im Urteilsverfahren zu entscheiden ist, wenn der Arbeitgeber dem Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers nicht nachkommt und letzterer seinen Anspruch aus § 102 Abs.5 mittels Klage oder im Wege der einstweiligen Verfügung verfolgen muß³⁾. Im übrigen darf die Abhängigkeit des Weiterbeschäftigungsanspruchs vom Widerspruch des Betriebsrats "nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich hierbei seinem Wesen nach um einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch handelt", der nicht in erster Linie die kollektivrechtliche Stellung des Arbeitnehmers regelt, sondern vor allem seine Rechtsbeziehungen zum Arbeitgeber individualrechtlich gestaltet⁴⁾. Diese Feststellung wird noch dadurch untermauert, daß der Widerspruch des Betriebsrats zwar eine Voraussetzung für den Anspruch aus § 102 Abs.5 darstellt, dem Tätigwerden der Arbeitnehmervertretung jedoch noch seitens des einzelnen Arbeitnehmers die Erhebung der Kündigungsschutzklage und das Verlangen nach Weiterbeschäftigung nachfolgen müssen. Hinz⁵⁾ ist allerdings zuzugeben, daß für die

1) Vgl. z.B. BAG DB 1973,1025 und 1659

2) So zu Recht LAG Düsseldorf DB 1974,1342(1343)

3) LAG Düsseldorf a.a.O.S.1343; ArbG Berlin DB 1973,192; Dietz/Richardi § 102 Rdnr.106; Dütz ZfA 1972,255; Fitting/Auffarth/Kaiser I § 102 Anm.20; Gnade/Kehrmann/Schneider § 102 Anm.20

4) LAG Düsseldorf a.a.O. S.1342; ArbG Berlin a.a.O.

5) BB 1974,1257

Behandlung des Antrages nach § 102 Abs.5 im Beschlußverfahren die Möglichkeit spricht, den Betriebsrat am Rechtsstreit zu beteiligen, während das im Urteilsverfahren nicht der Fall ist. Dieser Vorteil wird jedoch in gewissem Umfang aus prozeßökonomischen Gründen relativiert¹⁾. Über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung wäre nämlich in einem selbständigen Nebenverfahren²⁾ zu entscheiden, das deshalb auch unter einem eigenen Aktenzeichen geführt werden müßte³⁾. Eine derartige Handhabung würde den zweifellos bestehenden engen Zusammenhang⁴⁾ zwischen dem Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers und dessen Beseitigung durch einen entsprechenden Antrag des Arbeitgebers auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung außer Acht lassen. Deshalb ist über den Antrag nach § 102 Abs.5 Satz 2 grundsätzlich durch Urteil zu entscheiden⁵⁾. In Eilfällen, die allerdings nur selten vorliegen werden⁶⁾, kann eine Entscheidung auch

1) So auch Becker-Schaffner B1StSozArbR 1974,294

2) Kritisch zur Terminologie Hinz BB 1974,1259

3) Darauf weist das ArbG Berlin DB 1973,192 hin; vgl.auch Wenzel DB 1972,1290

4) In diesem Sinne Auffarth ArbRdGgnw 1972,81; insoweit zustimmend Hinz a.a.O.

5) LAG Berlin BB 1974,1024;LAG Düsseldorf DB 1974,1342 und 2112;LAG Rheinland-Pfalz vom 12.6.1972 4 Sa 107/72;ArbG Berlin a.a.O.; Auffarth a.a.O.;Becker-Schaffner a.a.O.; Dietz/Richardi § 102 Rdnr.106;Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.67;Küchenhoff § 102 Anm.20; Stege/Weinspach S.369;a.A. LAG Baden-Württemberg (Stuttgart) BB 1972,835;ArbG Saarbrücken EzA Nr.4 zu § 102;Hinz a.a.O. passim;Schlochauer RdA 1973,164

6) Dietz/Richardi a.a.O. Rdnr.107

ohne mündliche Verhandlung ergehen¹⁾. Diese trifft der Vorsitzende gem. §§ 53 Abs.1 Satz 1 ArbGG, 944 ZPO allein. Damit ergibt sich eine gewisse Diskrepanz zu § 85 Abs.2 Satz 2 ArbGG, der vorsieht, daß die Entscheidungen von der Kammer - also einem Kollegium - gefällt werden. Würde man aus dieser Bestimmung den Schluß ziehen, der Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch den Vorsitzenden allein sei unzulässig²⁾, so würde man damit denjenigen Eilfällen nicht Rechnung tragen, die keinerlei Aufschub dulden. Da jedoch selbst bei einem Berufsrichterkollegium der Vorsitzende auf Grund der §§ 937 Abs.2, 944 ZPO in gewissen Fällen allein entscheiden kann, wird man mit Hilfe eines Erst-Recht-Schlusses diese Möglichkeit auch dem Vorsitzenden eines Kollegiums, das sich - wie beim Arbeitsgericht - aus ehrenamtlichen Beisitzern zusammensetzt, zubilligen müssen³⁾. Wird über den Antrag auf einstweilige Verfügung mündlich verhandelt, ergeht die Entscheidung durch Endurteil, andernfalls durch Beschluß, §§ 922 Abs.1, 936 ZPO. Den Beschluß, durch den die einstweilige Verfügung angeordnet wird, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zustellen zu lassen, §§ 922 Abs.2, 936 ZPO. Mit der Zustellung des Beschlusses endet für den Arbeitgeber die Weiterbeschäftigungsverpflichtung, der Arbeitnehmer kann nunmehr entlassen werden⁴⁾.

1) Becker-Schaffner B1StSozArbR 1974,295;Dütz ZfA 1972,256;Erdmann/Jürging/Kammann § 102 Anm.67;Stege/Weinspach S.369;Wenzel DB 1972, 1292

2) In diesem Sinne Dütz a.a.O. S.257;mit Bedenken Küster DB 1972,631

3) So ausdrücklich Wenzel a.a.O.;im Ergebnis auch Dietz/Richardi § 102 Rdnr.107;Erdmann/Jürging/Kammann a.a.O.;Stege/Weinspach a.a.O.

4) Stege/Weinspach a.a.O.

5.3.4. Rechtsbehelfe

Von der Art der arbeitsgerichtlichen Entscheidung ist das gegen sie einzulegende Rechtsmittel abhängig. Entscheidet das Arbeitsgericht durch Endurteil, so ist hiergegen die Berufung nach Maßgabe des § 64 ArbGG zulässig. Die Berufung hat Devolutiveffekt, d.h. über das Rechtsmittel entscheidet das Landesarbeitsgericht als nächsthöhere Instanz. Eine Revision ist nicht zulässig, §§ 72 Abs.2 ArbGG, 545 Abs.2 ZPO. Hat der Vorsitzende des Arbeitsgerichts die einstweilige Verfügung durch Beschluß erlassen, steht dem Arbeitnehmer der Widerspruch zu. Über diesen Widerspruch entscheidet das Arbeitsgericht durch Endurteil, §§ 924, 925, 936 ZPO. Die Erhebung des Widerspruchs hat keinen Suspensiveffekt, §§ 924 Abs.3, 936 ZPO, der Arbeitgeber ist also während dieser Zeit nicht zur Weiterbeschäftigung verpflichtet. Wird der Antrag des Arbeitgebers auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch Beschluß zurückgewiesen, so besteht dagegen das Rechtsmittel der einfachen Beschwerde, §§ 78 Abs.1 Satz 1 ArbGG, 567 ff.ZPO. Über sie entscheidet das Landesarbeitsgericht, § 78 Abs.1 Satz 2 ArbGG. Eine weitere Beschwerde findet nicht statt, § 78 Abs.2 ArbGG.

Lebenslauf

Als Sohn des Drehers Günter Helkenberg und seiner Ehefrau Ellen, geb.Hohgardt wurde ich, Peter Helkenberg, am 1.Mai 1948 in Wuppertal-Elberfeld geboren.

Von 1954 bis 1959 besuchte ich die Volksschule in Wuppertal. Anschließend wechselte ich zum Neusprachlich-Humanistischen Gymnasium Siegestraße über. Dort legte ich im Juni 1967 die Reifeprüfung ab.

Von Oktober 1967 bis März 1969 leistete ich bei einer Einheit des Bundesgrenzschutzes in Gifhorn den Wehrdienst.

Zum Sommersemester 1969 immatrikulierte ich mich an der Ruhr-Universität Bochum für das Fach Rechtswissenschaften. Nach achtsemestrigem bestand ich im November 1973 die Erste Juristische Staatsprüfung. Im Wintersemester 1973/74 nahm ich das Studium der Sozialwissenschaften auf. Vom Sommersemester 1974 bis zum Sommersemester 1975 war ich als Korrekturassistent tätig. Seit Februar 1974 bin ich außerdem wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl Öffentliches Recht für Wirtschaftswissenschaftler bei Herrn Prof. Dr.Bayer.

Zum 1.9.1975 trat ich in den juristischen Vornereitungsdienst ein.

Seit dem 11.7.1975 bin ich mit Frau Christiane van der Veen verheiratet.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

